

论国际裁判中的司法政策

朱利江^{*}

内容提要 无论是规则定向的国际法思维还是政策定向的国际法思维,均承认国际裁判中存在体现国际裁判主体特定价值追求、哲学理念、道德倾向或利益偏好的司法政策。国际裁判主体凭借“国际法渊源”“国际法规范”“条约解释”“附带意见”“司法建议”五种司法技巧将司法政策巧妙地“溶解”在其裁判中。这种司法现象的产生与国际法的模糊性、国际争端的政治性、国际裁判权的独立性密切相关。目前,国际裁判主体在运用司法政策时存在“法治真空”的问题,容易产生不良社会效果,因此应从价值、规范和机制三个层面着手推动和构建国际裁判中司法政策的法治化。我国已对国际裁判主体表达正当期待,未来还可在国际裁判人员的选举、国际组织决议草案及条约修改草案的提交等方面发挥更积极的作用。

关键词 国际裁判 司法政策 司法技巧 国际争端 国际法治

目次

- 一、引言
- 二、国际裁判中司法政策的存在及表现
- 三、国际裁判中司法政策的运用技巧
- 四、国际裁判中司法政策的存在逻辑
- 五、国际裁判中司法政策的法治化构建
- 六、结语

^{*} 中国政法大学国际法学院教授。本文系2019年度国家社科基金一般项目“国家官员外国刑事管辖豁免研究”(项目编号:19BFX198)的阶段性成果。

一、引言

2022年2月9日,国际法院就“刚果境内武装活动案”的赔偿问题作出判决,要求乌干达向刚果民主共和国赔偿3.3亿美元,作为对乌干达在刚果民主共和国领土上从事的违反国际人权法、国际人道法等国际法的行为的回应。在该判决中,国际法院对联合国调查报告的高度依赖,引发了学者关于国际法院审理此类案件时在评估证据效力问题上是否存在某种“政策偏好”的遐想。^①同样,2019年4月12日,国际刑事法院第二预审分庭在“阿富汗局势案”的审理中,以《罗马规约》第53条第1款(C)项中的“司法利益”为由,拒绝对涉及塔利班、阿富汗和美国军队在阿富汗涉嫌犯有战争罪的阿富汗局势展开调查,也引发了学者关于该法院在认定“司法利益”时是否受“政策因素”影响的疑虑。^②可见,司法政策容易使学者对国际裁判提出看法。

然而,实际上,学界对国际裁判中的司法政策议题的深入研究并不多见。在国外学界,虽然早在20世纪60年代,国际裁判主体该如何选择不同的价值就已成为“政策定向学派”的关注焦点之一,但其研究也仅限于此。我国学界也仅在对一些个案的研究中初步触及这一议题,缺乏系统的学理建构。从整体上研究国际裁判中的司法政策具有重要的学理价值,有助于弥补国内外研究的不足,从而构建较为完整的国际裁判司法政策理论。

对我国来说,研究这一议题还具有重大的实践价值。我国认为,国际裁判主体应“共同维护国际法和国际秩序的权威性和严肃性,不能‘合则用、不合则弃’,真正做到‘无偏无党,王道荡荡’”^③。现任外交部条法司司长马新民指出,“适用法律活动不仅仅是法律规则的解释和适用,在根本上还是一个价值和政策选择问题。不管是法律关系的定性,还是规则的解释和适用,抑或事实的认定和证据的采信,其背后无不都有某种价值观和政策的支撑”^④。研究这一议题有助于探究国际裁判主体运用国际法的规律,有助于在个案中预判国际裁判的结果,也有助于研判我国是否需要参与某个国际案件的审理及应采取何种立场。随着我国参加国际裁判的次数日益增多,我们不仅需要加强对国际法规范的研究,还应密切关注国际裁判中如影相随的司法政策。

^① See Diane Desierto, *The International Court of Justice's 2022 Reparations Judgment in DRC v. Uganda: 'Global Sums' as the New Device for Human Rights-Based Inter-State Disputes*, at <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justices-2022-reparations-judgment-in-drc-v-uganda-a-new-methodology-for-human-rights-in-inter-state-disputes/> (Last visited on Apr. 3, 2024).

^② See Kai Ambos, *Interest of Justice? The ICC Urgently Needs Reforms*, at <https://www.ejiltalk.org/interests-of-justice-the-icc-urgently-needs-reforms/> (Last visited on Apr. 3, 2024).

^③ 中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室编:《习近平法治思想学习纲要》,人民出版社2021年版,第126页。

^④ 马新民:《南海仲裁案庭外法理斗争:回顾与展望》,载《边界与海洋研究》2017年第4期,第25页。

二、国际裁判中司法政策的存在及表现

国际裁判有动态与静态之分。动态的国际裁判是指国际裁判主体运用国际法对个案事实进行判断的过程,静态的国际裁判则是指作为判断结果的裁判文书。国际裁判虽适用“国际法”,但这不代表其中不存在“司法政策”。与国内裁判一样,国际裁判中也存在司法政策,只不过其具有自己的表现形式而已。

(一) 国际裁判中存在司法政策的证明及界定

国际社会不存在类似国内社会的立法、执法和司法相互关系的架构,而且国际裁判主体之间也不存在等级关系,因此人们很容易怀疑国际裁判中是否存在司法政策。在国内法中,司法政策有时被理解为司法机关以外的主体为司法机关发布的指导其一定时期司法工作的方针政策,^⑤即“为司法机关制定的政策”(policy for judiciary)。然而,这并非法学界对司法政策含义的唯一理解。有的学者将司法政策定义为司法机关自己设定的指导其裁判活动的原则或纲领,^⑥即“司法机关自己制定的政策”(judicial policy),有的学者则将司法政策定义为司法裁判体现出来的对某个特定问题所秉持的一种政策、理念、价值、倾向或原则,^⑦即“法官自己在适用法律时信奉的政策”(judicial policy)。

国际法学界对国际裁判中司法政策的关注始于20世纪60年代,而引起争辩的导火索则是国际法院1966年作出的“西南非洲案”判决。在该判决中,国际法院在驳回埃塞俄比亚与利比里亚的起诉时指出,“本法院是一个法律机构,道德原则只有在以法律的形式得到足够体现时才会得到考虑。法律的目的是服务社会需要,正因如此,它只能在自己的专业领域内发挥作用,否则,它就不是法律服务了”^⑧。此判词一出,在学界迅速引发质疑,有学者认为,这是由保守派法官占据主导地位的法院在用严格的法律形式主义掩盖他们的政治决策。^⑨1968年,英国学者希金斯(Rosalyn Higgins)提出国际法中出现了“英国学派”与“美国学派”对立的论断。^⑩这一论断再次激起学界争论。1971年,美国国际法学会与英国查塔姆研究所为此专门在伦敦举行研讨会,以回应希金斯的这一论断,该研讨会上产生了关于国际裁判中司法政策的激烈争辩。

美国学者沙赫特(Oscar Schachter)支持希金斯的论断,并认为英美学者对国际法的态度存在根本区别:英国学者的国际法思维是规则定向,其认为国际法是由规则组成的,因此国际裁判主体必须严格区分国际法与政策;而美国学者的国际法思维则是政策

⑤ 参见李红勃:《通过政策的司法治理》,载《中国法学》2020年第3期,第129页。

⑥ 参见江必新:《构建和谐社会与司法政策的调整》,载《人民论坛》2005年第11期,第24页。

⑦ 参见陈杭平:《论“事实问题”与“法律问题”的区分》,载《中外法学》2011年第2期,第331页。

⑧ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Second Phase, I.C.J. Judgment of 18 July 1966, para. 49.

⑨ See Edward McWhinney, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p.17.

⑩ See Rosalyn Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.17:1, p.8-84 (1968).

定向,其认为政策就是国际法的组成部分,国际法需要为国际社会的政策服务,因此国际裁判主体在适用国际法时需要考虑政策。^⑪

但英国剑桥大学教授伊莱休·劳特派特(Elihu Lauterpacht)反对沙赫特的论断。他认为,几乎在所有的国际法问题上,实际上都需要国际裁判主体通过创造性思维解决国际法中的“灰色”区域问题,在这一过程中,政策就可以发挥作用,因此当国际裁判主体处理那些“灰色”区域问题时,就无法明确区分“国际法”与“政策”,或者说“国际法”与“政策”只是描述该过程中不同因素的两个用语而已。^⑫

沙赫特与劳特派特的论战是20世纪关于国际裁判与司法政策关系的“世纪之辩”,不过仔细观察他们的论战就会发现,从论战内容来看,他们之间并不存在根本分歧,反而存在某种“共识”。沙赫特所指的“政策”实际上可以说是国际法中的“原则”,其同样也是国际法的组成部分。劳特派特也承认,政策在国际裁判主体处理“灰色”区域问题时可以发挥作用。换言之,他们之间的论战实际上是在辩论国际裁判主体在认定、适用和解释国际法时具有多大程度的政策操作空间,而并非在争论国际裁判主体在裁判中是否可以运用不属于国际法的政策。对于后者,他们实际上都是持肯定态度的。

可见,国际裁判中也有司法政策,只不过这里的司法政策并非指司法机关以外的主体“为司法机关制定的政策”,也不是指“司法机关自己制定的政策”,而是国际裁判主体在个案中在认定、适用和解释特定国际法的过程中奉行的某种价值追求、哲学理念、道德倾向或利益偏好,即“法官自己在适用法律时信奉的政策”。

(二) 国际裁判中司法政策的表现形态

1. 国际裁判中的宏观、中观和微观司法政策

依据对象的不同,国际裁判中的司法政策可分为宏观、中观与微观三类。宏观司法政策体现在裁判主体层面,中观司法政策体现在类案层面,微观司法政策则体现在个案层面。

就国际法院而言,有学者注意到其宏观司法政策。例如,阿比撒(Georges Abi-Saab)认为,国际法院一直在逐渐稳定自己的运作和决策模式,并巩固自身的意志。^⑬劳特派特发现,“基于法官们个性的不同,国际法院在某个时期可能主要是‘保守的’或‘法律的’,但在另一时期则可能是‘自由’或‘非法律的’,此后又有可能回到之前的状态”^⑭。维尔达(E. W. Vierdag)也注意到,国际法院一直在追求通过个案维护判理的一致性。^⑮

^⑪ See Oscar Schachter, *The Place of Policy in International Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol.2:2, p.7-13 (1972).

^⑫ See Elihu Lauterpacht, *The Place of Policy in International Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol.2:2, p.23-27 (1972).

^⑬ See Georges Abi-Saab, *The International Court as a World Court*, in Vaughan Lowe & Malgosia Fitzmaurice eds., *Fifty Years of International Court of Justice*, Cambridge University Press, 1996, p.7.

^⑭ Elihu Lauterpacht, *The Juridical and the Meta-Juridical in International Law*, in Jerzy Makarczyk ed., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p.234.

^⑮ See E. W. Vierdag, *The International Court of Justice and the Law of Treaties*, in Vaughan Lowe & Malgosia Fitzmaurice eds., *supra* note 13, 154.

有学者则尝试在特定的国际法问题中发现国际法院的中观司法政策。例如,伊利亚斯 (Taslim O. Elias) 认为,在案件的管辖权和可受理性问题上,国际法院一直在追求谨慎审查的司法政策。^{①⑥} 阿勒比克 (Rosanne van Alebeek) 认为,在涉及国家及其官员豁免的判决中,法院通常都维护豁免,拒绝对豁免的限制,从而维护国际关系的稳定。^{①⑦} 笔者在之前的研究中也发现,在涉及核武器的问题上,国际法院一直采取回避审查的司法政策。^{①⑧}

多数学者关注的是国际法院体现在个案层面的微观司法政策。1994年,时任国际法院院长贝贾维 (Mohammed Bedjaoui) 在向联合国大会作报告时指出,国际法院在1991年“卡塔尔诉巴林海洋划界和领土争端案”审理中采取了“动态和负责任的司法政策”^{①⑨}。2013年,克劳福德 (James Crawford) 在评论1951年国际法院就《防止及惩治灭绝种族罪公约》保留问题的咨询意见时指出,该案的咨询意见显然是法院基于政策考虑作出的决定,因为审理该案的多数法官抛弃此前国际联盟时代只允许条约有明确规定的保留,转而采取拉美国家的做法,宁愿牺牲多边条约的完整性来换取普遍性。^{②⑩}

就国际海洋法法庭而言,有学者也关注到该法庭的宏观司法政策。例如,安德生 (David Anderson) 指出,该法庭一直勤勉、彻底、公正、高效地依照国际法开展司法工作。^{②⑪} 麦克奈尔 (Moira L. McConnell) 更是指出,该法庭的裁判实际上是在当事国向法庭阐述的不同政策之间进行选择。^{②⑫} 也有学者关注到该法庭的微观司法政策。例如,在1999年“塞加号案”判决中,国际海洋法法庭在审查船旗国能否替船员主张求偿权时明确指出,由于《联合国海洋法公约》并未就同一艘船舶上不同国籍的船员的权利作出不同规定,而且“由于船舶上的一切都位于船上,船上的每一个船员都与船旗国紧密关联,因此必须作为一个主体看待,不能再考虑船员的国籍”^{②⑬}。国际法委员会后来在起草《外交保护条款草案》第18条(对船员的保护)时指出,允许船旗国为船舶的船员寻求补救存在令人信服的政策理由。^{②⑭}

2. 临时、常设国际裁判主体的司法政策

根据使命的不同,国际裁判主体有临时和常设之分。通常说来,常设国际裁判主体

^{①⑥} See Taslim O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Springer, 1983, p.75.

^{①⑦} See Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2008, p.296.

^{①⑧} 参见朱利江:《国际法院判例中的争端之界定》,载《法商研究》2017年第5期,第159页。

^{①⑨} Address by H. E. Judge Mohammed Bedjaoui, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations, 13 October 1994, at <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/7/3017.pdf> (Last visited on Apr. 3, 2024).

^{②⑩} See James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Brill Nijhoff, 2014, p.259.

^{②⑪} See David Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p.513.

^{②⑫} See Moira L. McConnell, *ITLOS and the Tale of the Tenacious “Genuine Link”*, in Øystein Jensen ed., *The Development of the Law of the Sea Convention: The Role of International Courts and Tribunals*, Edward Elgar, 2020, p.214.

^{②⑬} *The M/V “SAIGA” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS Judgment of 1 July 1999, p.106.

^{②⑭} See *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, Yearbook of the International Law Commission, A/61/10, 2006, Vol. II, Part Two, p.93.

更易形成司法政策,而且包括宏观、中观和微观司法政策。相比之下,临时国际裁判主体(如仲裁庭、独任仲裁员)往往只能形成微观司法政策。

扎比耶夫(Fuad Zarbiyev)指出,国际裁判主体中多数法官对个案裁判形成的多数意见,就是代表该国际裁判主体的裁判,里面就可能含有对特定国际法问题的司法政策,而且越是常设和稳定的国际裁判主体,越具备司法政策,甚至具备相对稳定的司法政策,或者形成心理学上所谓的“叙事中心”^{②⑤}。例如,国际海洋法法庭作为一个常设国际裁判主体,就有可能发展出一套属于自己的法理或政策,而且也会参与其他国际裁判主体对海洋争端解决方面的法理发展。^{②⑥}正因如此,罗马诺(Cesare P. R. Romano)等人指出,国际裁判主体推进特定的政策目标是其固有的“基因”^{②⑦}。科斯肯涅米(Martti Koskenniemi)甚至直言,国际裁判主体存在“结构性偏见”,他认为,每一个国际裁判主体基于自身的专业特点都偏好某种固有的政策,其对个案的实践就是对这种固有政策的不懈追求。^{②⑧}

总之,20世纪70年代以来对国际裁判的学术研究巩固了沙赫特与劳特派特论战中的“共识”。国际裁判中存在司法政策是一个不争的事实,国际裁判主体在个案中会基于自身对国际法的认知选择不同的价值。虽然国际裁判中很少直接写明司法政策,但司法政策如同一个神秘的“幽灵”,游荡在国际裁判中间,又如同“无形的手”,指挥着国际裁判说理的构建和走向。更有趣的是,司法政策往往披着“国际法”的外衣巧妙出现,构成一种国际司法隐喻。然而,即便是最隐蔽的司法政策,只要加以仔细观察,仍然可能被揭示。

三、国际裁判中司法政策的运用技巧

在国际裁判中如何运用司法政策,是目前学界研究尚未触及的“领域”,也是国际裁判中司法政策之谜最需要被揭示的地方。国际裁判主体至少采取了以下五种司法技巧,巧妙地将司法政策“溶解”其中,下面一一予以论述。

(一) 司法政策在“国际法渊源”查明中得到运用

由于国际裁判中的司法政策已被国际法“包装”,因此对于国际裁判主体来说,在个案中,首先必须从“国际法渊源”入手,才能令人信服地将自己的某种司法政策“溶解”

^{②⑤} Fuad Zarbiyev, *Judicial Activism in International Law—A Conceptual Framework for Analysis*, Journal of International Dispute Settlements, Vol.3:2, p.12 (2012).

^{②⑥} See Tullio Treves, *The International Tribunal for the Law of the Sea and the Rule of Law*, in *The Contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Rule of Law: 1996–2016*, Brill Nijhoff, 2016, p.73.

^{②⑦} Cesare P. R. Romano, in Karen J. Alter & Yuval Shany eds., *The Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2013, p.15.

^{②⑧} See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press, 2006, p.606-607.

在其裁判中。^{②⑨}虽然不同的国际裁判主体都有对自身可适用的国际法类型和范围作出规定,但其中存在大量的政策操作空间。

《国际法院规约》第38条第1款(子)项规定,“国际协议”是国际法院裁判应适用的国际法,但其对于何谓“国际协议”并未作出明确规定。在国际裁判实践中,国际裁判主体就特定领域的“国际协议”形成了特定的司法政策。例如,在海洋划界案件中,关于当事国之间的行为能否形成关于划界的事实上的“国际协议”,国际裁判主体总是谨小慎微,只有存在“压倒一切的证据”时才会作出认定。事实上,国际法院迄今只在一起案件中认定存在这种事实上的“国际协议”。^{③⑩}

对于习惯国际法,除非有必要,国际法院现在倾向于不对习惯国际法规则的存在进行详细证明。彼得森(Niels Petersen)注意到,在习惯国际法查明的问题上,法官们的政治倾向具有很大影响力,他们比较看重当事国通过“条约、国际组织的决议”等展现出来的对某项习惯国际法规则的同意。^{③⑪}在“一般法律原则”问题上,除非有必要,法院一般倾向于不作认定。包括国际法院在内的国际裁判主体“只有在若干案件”中才会直接或全部援引一般法律原则作出司法判决。此外,在“国际协议”“习惯国际法”“一般法律原则”的先后适用次序方面,国际法院的判例也显示出一定的“司法政策”倾向。^{③⑫}

此外,还应当特别关注《国际法院规约》第38条第2款规定的“公允及善良”原则。由于该款并未说明该原则属于“国际法”,因此劳特派特指出,该原则实际上指的是国际法以外供法官考虑的因素,这是《国际法院规约》第38条中唯一可为“法外政策”提供操作空间的平台。^{③⑬}在2017年“克罗地亚与斯洛文尼亚仲裁案”中,国际仲裁庭实际上按照“公允及善良”原则对斯洛文尼亚连接亚得里亚海公海问题作出安排,该安排“并非法律争端,而是利益之争,是一个创造新制度问题,一个立法而非司法的问题”^{③⑭}。

(二) 司法政策在“国际法规范”实施中得到运用

国际法中充斥大量具有内容不确定性的规范,这给国际裁判主体提供了在实施国际法规范时运用司法政策的法律空间。例如,《国际法院规约》第65条第1款规定,法院对于任何法律问题,“得(may)”发表咨询意见。这一“许可性质的规范”为法院运用行使咨询管辖权的司法政策提供了可能。事实上,可以说法院行使咨询管辖权存在司法政策,即除非存在“迫不得已的理由”,法院就应当行使咨询管辖权。^{③⑮}法院一直在践行这一司法政策,从未在任何案件中拒绝行使过咨询管辖权。在2019年国际法院就

^{②⑨} See Jared Wessel, *Judicial Policy-Making at the International Criminal Court: An Institutional Guide to Analyzing International Adjudication*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol.44:2, p.377 (2006).

^{③⑩} See *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, I.C.J. Judgment of 27 January 2014, para. 91.

^{③⑪} See Niels Petersen, *The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law*, European Journal of International Law, Vol.28:2, p.357-358 (2017).

^{③⑫} See Alain Pellet, *Article 38*, in Andreas Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2019, p.956.

^{③⑬} See Elihu Lauterpacht, *supra* note 14, 217.

^{③⑭} 高健军:《“克罗地亚/斯洛文尼亚仲裁案”中的海洋划界问题》,载《边界与海洋研究》2018年第3期,第27-28页。

^{③⑮} See Mahasen M. Aljaghoub, *The Advisory Function of the International Court of Justice: 1946-2005*, Springer, 2005, p.66.

“查戈斯群岛分离案”发表的咨询意见中也是如此,该意见明显延续了法院上述能动的司法政策。^{③⑥}

就习惯国际法规范而言,许多习惯国际法规范中充满灵活术语,这也为国际裁判主体运用司法政策提供了政策空间。例如,在大陆架和专属经济区划界领域,国际裁判主体识别出“等距离/相关情形”这一习惯国际法规范。^{③⑦}这一规范为国际裁判主体运用司法政策提供了可能。^{③⑧}事实上,国际裁判主体一直在维护划界的可预见性和灵活性之间的平衡,以便吸引更多争端提交国际裁判主体解决。^{③⑨}

(三) 司法政策在“条约解释”中得到运用

国际裁判主体经常需要解释条约。尽管国际法上存在以《维也纳条约法公约》第31、32、33条为代表的关于“条约解释”的成文法规范体系,而且还存在许多适用这些“条约解释”规范的裁判,但这些条款规定的解释方法和材料的多样性,致使“条约解释”被认为“实质上仍是一门规则适用的艺术”^{④⑩},而非精准的科学。这为国际裁判主体运用特定的司法政策提供了运作空间。

以涉及使用武力的国际法为例,国际法院的裁判实践说明,国际法院一直在通过对《联合国宪章》和相关条约的严格解释来限制国际关系上使用武力的可能性,以此保障和促进国际和平。^{④⑪}在1986年“尼加拉瓜案”中,国际法院对《联合国宪章》第51条中的“武力攻击”“集体自卫”等概念作出严格解释。^{④⑫}在2003年“石油平台案”中,国际法院禁止将本来不符合“武力攻击”的情形通过多次“累积”认定成“武力攻击”。^{④⑬}在2004年“隔离墙案”中,国际法院在其发表的咨询意见中确认,一国不能对来自自己控制领土内的非国家行为体的武装攻击行使自卫权,除非该攻击行为能归因于一个外国。^{④⑭}国际法院之所以采取严格解释使用武力条约的司法政策,是因为国际法院是联合国的主要司法机关,而联合国的目的之一是维护国际和平与安全,因此国际法院认为自己在这一问题上具有特殊的使命。^{④⑮}

③⑥ 参见朱利江:《在能动与克制之间:“查戈斯群岛案”咨询意见中的国际司法政策探析》,载《当代法学》2020年第2期,第145页。

③⑦ See *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, I.C.J. Judgment of 3 February 2009, paras. 115-122.

③⑧ 参见朱利江:《在原则与例外之间:油气因素对海洋划界的影响》,载《政法论坛》2019年第2期,第138页。

③⑨ See Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-making*, in Mahnouch H. Arsanjani et al. eds., *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p.1071-1072.

④⑩ 张乃根:《条约解释的国际法》(下册),上海人民出版社2019年版,第1046页。

④⑪ See James A. Green, *The International Court of Justice and Self-Defense in International Law*, Hart Publishing, 2009, p.182.

④⑫ See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Judgment of 27 June 1986, paras. 178, 194, 209, 232, 247.

④⑬ See *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J. Judgment of 6 November 2003, para. 125.

④⑭ See *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, para. 139.

④⑮ See Dinah Shelton, *Form, Function, and the Powers of International Courts*, *Chicago Journal of International Law*, Vol.9:2, p.563 (2008).

（四）司法政策在“附带意见”中得到运用

国际裁判主体有时会充分利用判决中的“附带意见”（*obiter dicta*）来展现自己的司法政策。在1927年“荷花号案”中，常设国际法院在判决中发表的附带意见非常有名，甚至被称为“荷花号原则”，即在国际法中存在“法无禁止即可为”的一般假定，^{④⑥}展现了常设国际法院捍卫实证主义国际法的司法政策，该附带意见被认为是实证主义国际法在20世纪上半叶的巅峰之作。在1970年“巴塞罗那牵引公司案”中，国际法院发表的附带意见也引人关注，其表明国际法上存在“对世义务”，展现国际法院急于挽救自身在1966年“西南非洲案”陷入信誉危机的司法政策。^{④⑦}在2003年“石油平台案”中，国际法院本来可以直接依据美国和伊朗之间的《友好通商航海条约》第10条第1款驳回伊朗的起诉，但却在判决有效主文提到，作出判决的依据是“国际法中使用武力的规定”^{④⑧}，这实际上也是发表了附带意见。而且，该案也是国际法院有史以来首次在判决有效主文中发表附带意见，充分说明国际法院急于在判决中向世人展现其高度关切“国际法中使用武力的规定”的积极司法政策。

（五）司法政策在“司法建议”中得到运用

国际裁判主体有时还会通过作出“司法建议”的方式展示其司法政策。^{④⑨}例如，在2002年“刚果领土上的武装活动案”中，国际法院指出，无论刚果民主共和国和卢旺达是否接受法院的管辖，两国仍需要为其违反国际法的行为承担责任，而且两国应利用自身的影响防止出现严重违反国际人权法和国际人道法的行为。^{⑤⑩}在1999年“使用武力的合法性案”中，国际法院建议各当事国依据《联合国宪章》和包括国际人道法在内的其他国际法行事。^{⑤⑪}在2006年“乌拉圭河边的纸浆厂案”中，国际法院建议阿根廷和乌拉圭善意依照1975年《乌拉圭河章程》进行协商与合作。^{⑤⑫}在2005年“刚果领土上的武装活动案”中，国际法院建议卷入武装冲突的各方支持非洲大湖地区的和平进程，以确保尊重该地区的人权。^{⑤⑬}在1991年“大贝尔特海峡通过案”中，国际法院建议，在本案实体问题作出判决前，丹麦和芬兰就直接以和平解决争端的方式进行谈判。^{⑤⑭}

在国际刑事法庭的裁判中也能找到“司法建议”。例如，在2010年“本巴案”中，国际刑事法院第二预审分庭承认，《罗马规约》第85条第3款规定的刑事赔偿的条件

④⑥ See *The S.S. Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ Judgment No. 9 of 7 September 1927, p.19.

④⑦ See *Fuad Zarbiyev*, *supra* note 25, 30.

④⑧ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J. Judgment of 6 November 2003, para. 125.

④⑨ See Jean D'Aspremont, *The Recommendations Made by the International Court of Justice*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56:1, p.187 (2007).

⑤⑩ See *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, I.C.J. Order, Provisional Measures of 10 July 2002, para. 93.

⑤⑪ See *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, I.C.J. Order, Provisional Measures of 2 June 1999, para. 19.

⑤⑫ See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, I.C.J. Order, Provisional Measures of 13 July 2006, para. 82.

⑤⑬ See *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, I.C.J. Judgment of Merits, 19 December 2005, para. 221.

⑤⑭ See *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, I.C.J. Order, Provisional Measures of 29 July 1991, para. 35.

过于严格,并指出如果国际刑事法院想要成为刑事司法领域保护人权的标杆,就需要修改第85条第3款,同时建议《罗马规约》缔约国对该款进行修改。^{⑤⑥}在2020年“阿亚希案”中,联合国黎巴嫩特别法庭也承认,该法庭规约第25条没有规定对恐怖主义罪被害人的赔偿内容,建议黎巴嫩政府建立一个被害人赔偿机制,还建议该法庭自身建立一个特别信托基金。^{⑤⑦}在国际仲裁裁决中也能找到“司法建议”。例如,在1990年“彩虹勇士号案”中,国际仲裁庭就建议法国和新西兰联合建立一个促进两国友好关系的基金,以便协助结束该案争端。^{⑤⑧}

四、国际裁判中司法政策的存在逻辑

尽管学术研究和实践均已证实国际裁判中存在司法政策,而且国际裁判主体运用司法政策的技巧已显而易见,但接下来的一个问题是,国际裁判中何以存在司法政策?为此,需要寻找国际裁判中存在司法政策的成因。国际裁判中存在司法政策是国际法的模糊性、国际争端的政治性、国际裁判权的独立性三重因素共同作用的结果。这三重因素分别构成“法律”“事实”加“裁判权”的等边三角形,是国际裁判中存在司法政策的基本逻辑。

(一) 国际法的模糊性

诚然,任何法律都不可能对社会生活中的所有具体情形都作出确定规范,而且所有法律规范都存在某种程度的模糊性,虽然可以在实施过程中对其进行解释。不可否认的是,由于缺乏一个集中统一的权威认定机制,^{⑤⑨}与国内法相比,国际法规范更加模糊^{⑥⑩}。梅里尔斯(J. G. Merrills)早在1969年就指出,国际法规范与国内法规范在模糊性方面存在巨大差异。他认为,国际法规范在两个层面存在模糊性:一是需要确定的国际法规范在范围方面存在模糊性,国内法规范也存在这一层面的模糊性;二是需要确定的国际法规范本身是否存在的模糊性,国内法规范通常没有此层面的模糊性。^{⑥⑪}

法国学者维尔(Prosper Weil)甚至直指国际法规范存在“结构弱点”和“概念弱点”的反常“病理”。就“结构弱点”而言,国际法中存在大量高度抽象、高度争议甚至是对立的原则,或者干脆没有任何规范;就“概念弱点”而言,国际法中充斥着大量

^{⑤⑤} See *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Mr. Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08, 18 May 2020, paras. 68-69.

^{⑤⑥} See *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash*, Sentencing judgment, STL-11-01/S/TC, 11 December 2020, para. 299.

^{⑤⑦} See *Rainbow Warrior (New Zealand v. France)*, Decision, 30 April 1990, para. 126.

^{⑤⑧} See Karin Oellers-Frahm, *Multiplications of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction-Problems and Possible Solutions*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol.5:67, p.71 (2001).

^{⑤⑨} 参见陈一峰:《国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响》,载《中外法学》2022年第4期,第1103页。

^{⑥⑩} See J. G. Merrills, *The Justiciability of International Disputes*, Canadian Bar Review, Vol.47:2, p.243 (1969).

拘束力不明的规范,甚至国际裁判主体和国际法学者都无法给出确定答案。^① 克莱伯斯 (Jan Klabbers) 指出了国际法规范模糊性的更多表现,具体包括:国际法渊源的不周延性、习惯国际法与一般法律原则的不成文性、条约用语的模糊性与外来性、国际法渊源与规范位阶的不明确性和对立性、国际法原则与例外的并存性。^② 因此,奥拉克拉什维利 (Alexander Orakhelashvili) 直呼,与相对发达的国内法相比,国际法简直就是一个粗糙的、原始的法律体系。^③

然而,国际法这样的规范结构和规范特性反而给国际裁判主体带来填充国际法空白、澄清国际法含义、解决国际法冲突的操作空间。当事国将争端诉诸诉讼解决时,其笃信积极司法的国际裁判主体会在“适用国际法”的名义下宣扬自己的“司法政策”。历史上一些相关国际法名案甚至被誉为国际裁判主体的“司法杰作”。在很多案件中,国际裁判之所以大放异彩,很大程度上就在于国际法规范的模糊性。

(二) 国际争端的政治性

与国内裁判一样,国际裁判的对象也是具体的“争端”。然而,与国内案件不同的是,国际裁判所要处理的“争端”往往处在当事国之间长期悬而未决的“局势”之中,所谓“争端”实际上就是这种“局势”的一个插曲。在实践中,国际裁判主体总是小心谨慎地将所要裁判的“争端”从其所处的“局势”中剥离出来,告诉当事国其完全可以依据国际法处理被剥离出来的“争端”,并给出国际法上的答案。例如,在2011年“格鲁吉亚诉俄罗斯《消除一切形式种族歧视国际公约》适用案”判决中,国际法院就指出,格俄两国自1992年以来因为阿布哈兹和南奥塞梯局势产生许多“争端”,而该公约是否得到遵守则是该局势中的一个“争端”而已。^④

然而,这种技术型的处理常常无法从根本上化解当事国之间长期悬而未决的“局势”。例如,虽然国际法院在2004年对以色列在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙行为的国际不法性及后果给出确定的答案,但由于这一“争端”只是长期以来存在的“巴以局势”的一个组成部分,法院的咨询意见到目前仍然没有发挥实际作用。同样,虽然国际法院在2010年对科索沃单方面宣布独立是否符合国际法给出意见,但由于这一“争端”也是长期以来存在的“科索沃局势”的一个组成部分,法院的咨询意见也未能化解“科索沃局势”。

即便国际裁判要处理的“争端”并非国家间长期存在的“局势”的组成部分,它们绝大多数也都“具有错综复杂的政治背景,牵涉到国际社会难以消解的价值对立和利益冲突”^⑤。在对国际裁判主体适用本身确定性就不强的国际法的情况下,这种“争端”

① See Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, American Journal of International Law, Vol.77:3, p.413-415 (1983).

② See Jan Klabbers, *Virtue in Global Governance: Judgment and Discretion*, Cambridge University Press, 2022, p.37-46.

③ See Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 8th ed., Routledge, 2019, p.6.

④ See *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, I.C.J. Judgment of 1 April 2011, para. 32.

⑤ 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,第1256页。

能够带来更大的政策运作空间,更能考验国际裁判主体在主权与人权、战争与和平、人类与自然、财富与自由等根本价值之间的政策选择,^{⑥6}在对争端的事实、性质、范围及诉讼请求的认定方面更容易受到国际裁判主体自身价值观的影响。对此,菲茨莫里斯(Gerald G. Fitzmaurice)早就指出,国际法院遇到的案件通常都是在法律框架内需要考虑相当程度政策因素的案件,往往需要考虑当时的舆论气候和迫切的社会和经济倾向。^{⑥7}

(三) 国际裁判权的独立性

与国内裁判主体相比,国际裁判主体具有更大的独立性,拥有更大的政策运用权力。这是因为国际裁判主体与国内裁判主体之间存在结构性差异,国际裁判主体缺乏像国内裁判主体那样足够的监督。波斯纳(Eric A. Posner)等人就指出,“国际法庭并不是作为一个一致而统一的世界政府的一部分在运作。它们存在于充满空隙的法律系统中,它们缺乏等级、实施机制和允许进行集中改变的立法文件。国际法庭更像是国内的仲裁庭,而不是国内法院,因为如果争端当事国认为向国际法庭提交争端不符合它们的利益,它们完全可以无视国际法庭”^{⑥8}。阿尔瓦雷兹(Jose E Alvarez)认为,各种国际法庭与国际政治机构之间不存在国内法院与国内行政机关之间的分权和制衡的关系。^{⑥9}这得到维塞尔(Jared Wessel)的认同,他也指出,“在国际法中,国内司法机关与立法机关、行政机关的分权和制衡的关系在国际法庭与国际组织的关系之间是不存在的,而且在国内司法机关之间的密切关系在各种国际法庭之间也是不存在的”^{⑦0}。可以说,除了国际刑事司法机构、欧洲人权法院等少数存在内部上诉制度的国际裁判主体外,其他的每一个国际法庭都是自足的机构,在各种国际法庭之间,既不存在横向联系,也不存在纵向等级关系。^{⑦1}

五、国际裁判中司法政策的法治化构建

前文已对国际裁判中司法政策的存在及表现、运用技巧及存在逻辑三个实然状态进行了研究。那么,从应然的角度,国际裁判主体运用司法政策是否存在问题?如存在,该如何应对?这是摆在国际裁判面前的重大问题。国际裁判主体在运用司法政策时存在“法治真空”的问题,应从价值、规范和机制三个层面推动和构建国际裁判中司法政策的法治化,增加国际裁判的确定性、可预见性和安全性。

^{⑥6} See Carlo Focarelli, *International Law as Social Construct: The Struggle for Global Justice*, Oxford University Press, 2012, p.431.

^{⑥7} See Gerald G. Fitzmaurice, *Judicial Innovation*, in D. W. Bowett ed., *Cambridge Essays in International Law: Essays in Honour of Lord McNair*, Oceana, Dobbs Ferry, 1965, p.25-26.

^{⑥8} Eric A. Posner & John C. Yoo, *Judicial Independence in International Tribunals*, *California Law Review*, Vol.93:1, p.13 (2005).

^{⑥9} See Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, 2005, p.533.

^{⑦0} Jared Wessel, *supra* note 29, 387.

^{⑦1} See *Decision on Appeal of pre-trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing*, Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber, 10 November 2010, para. 41.

（一）国际裁判中司法政策的法治化标准

国际法治是国际社会孜孜追求的价值与目标,因为“法治是各国间友好平等关系的基石,是公正、公平的社会得以建立的基础”^⑫。国际法治要求所有的国际法主体均参与国际社会的法治进程。在这方面,人们往往重视国家和国际组织在此进程中的意义和责任,但容易忽视国际裁判主体的作用。实际上,在追求国际法治的进程中,国际裁判主体不能缺位。而且,从某种意义上说,国际裁判主体在追求国际法治的进程中尤为重要,因为它们在国际法的重要适用者和解释者。国际裁判中司法政策的法治化应守住基于国际法的“底线”、符合国际法宗旨和目的的“中线”以及顺应国际法发展规律和趋势的“高线”。

1. 法治化底线:国际裁判中司法政策的运用必须基于国际法

所谓基于国际法,是指国际裁判中司法政策的运用必须有国际法可依。国际法治首要的标准是有法可依。只有做到有法可依,国际法治才具有可预见性,从而在实践中被适用,解决相关的国际争端。^⑬国际法治要求国际法从形成到适用、到解释、到执行的全过程均有法可依,不能留下无法可依的空白领域。国际裁判是适用和解释国际法的重要阶段,也需要有国际法可依。国际裁判是国际裁判主体针对个案运用国际法的思维活动和成果,其中必然存在裁判主体的自由裁量权。然而,国际裁判主体行使自由裁量权也必须符合法治要求,绝不能我行我素,明显违反应适用的国际法。学者们已多次提及这一底线要求。例如,赫尔南德兹(Gleider I. Hernández)指出,如果国际法院必须捍卫国际法的基本原则,就必须捍卫体现在国际法中的原则和价值,而不是仅仅作为一种政策。^⑭齐美尔曼(Dominik Zimmermann)也指出,国际法院在决策过程中必须受到国际法的保护,不能受到法外因素和政治因素的影响。^⑮这一要求也适用于国际法院以外的其他国际裁判主体。

2. 法治化中线:国际裁判中司法政策的运用必须符合所应适用的国际法的宗旨与目的

在找到应适用的国际法后,国际裁判主体在解释国际法的过程中应特别注意国际法的宗旨与目的。无论是条约还是非条约的国际法,均存在国际法的特定宗旨与目的。可以说,国际法的宗旨与目的是国际法的精神,是国际法规范的终极归宿。虽然国际裁判主体在形成、识别或运用司法政策时拥有自由裁量权,但其不能背离国际法的宗旨与目的。

3. 法治化高线:国际裁判中司法政策的运用必须顺应国际法的发展规律与趋势

国际法治的核心要素和本质体现是国际良法与善治。^⑯在国际裁判主体适用和解释的国际法并非“良法”、国际裁判主体赖以运作的国际社会不存在“善治”的情况下,国

^⑫ 联合国《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》, A/RES/67/1, 2012年9月24日,序言。

^⑬ 参见黄文艺:《全球化时代的国际法治——以形式法治概念为基准的考察》,载《吉林大学社会科学学报》2009年第4期,第22页。

^⑭ See Gleider I. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press, 2014, p.192.

^⑮ See Dominik Zimmermann, *The Independence of International Courts*, Hart Publishing, 2013, p.117.

^⑯ 参见黄进主编:《全球治理与国际法治》,中国政法大学出版社2023年版,第11页。

际裁判中的司法政策的运用即便基于国际法、即便看上去符合国际法的宗旨与目的,也不可能实现国际裁判中司法政策运用的法治化。现有的法律往往滞后于社会的发展,国际法也存在类似现象。古祖雪教授在研究国际造法的基本原则时指出,国际造法应遵守的首要原则是反映国际社会发展的客观规律。^⑦ 国际裁判主体的司法政策也应顺应国际法发展的规律与趋势。当国际裁判主体有机会适用和解释现有国际法时,就应运用其自由裁量权,作出顺应国际法发展规律与趋势的裁判,以推动国际法的发展。学者们提及的国际法发展规律和趋势包括:人本主义和可持续发展、^⑧ 和谐共进和反对霸权、^⑨ 多边主义^⑩ 等。此外,国际法发展规律和趋势还应包括平等、透明、问责等。国际裁判主体的司法政策应顺应这些国际法发展规律和趋势。

(二) 国际裁判主体运用司法政策存在“法治真空”问题

对标上述法治化标准,可以说,当前国际裁判主体在运用司法政策时存在“法治真空”的问题,造成了一些“不法”或“不当”的国际裁判,损害了国际裁判的公信力。

首先,有的国际裁判主体在裁判中为追求特定的司法政策对相关的国际法作出错误适用。例如,在1955年“诺特鲍姆案”中,国际法院认定列支敦士登无权替诺特鲍姆行使外交保护权。在该案中,国际法院并不关心诺特鲍姆受到的不公,其只关心如何限制国家赋予自然人国籍的权力和自然人选择国籍的权利。在这种司法政策的引导下,国际法院认为,国际法上存在一项原则,即在自然人拥有双重国籍情况下,有权提起外交保护的国家只能是其中一个与该自然人拥有“真正联系”的国籍国。^⑪ 然而,在该案中,在列支敦士登向国际法院提起诉讼时,诺特鲍姆已丧失德国国籍,他当时只有列支敦士登一国的国籍,而且他从未拥有危地马拉的国籍,因此他实际上并不是一个双重国籍人。因此,即便如国际法院所言,国际法上存在一项国籍赋予问题上的“真正联系”原则,该案也不能适用这一原则。可见,在该案中,为追求特定的司法政策,国际法院错误地适用了国际法。再如,在2020年“艾瑞克·莱谢号案”裁决中,国际仲裁庭裁决印度不能对意大利海军陆战队士兵行使刑事管辖权,因为他们习惯国际法中享有免受外国刑事管辖的特权。^⑫ 然而,该裁决存在适用国际法错误的问题,因为《联合国海洋法公约》中并不存在关于外国官员刑事管辖豁免的规定,而国际仲裁庭之所以如此裁决,与其试图扩大管辖权的司法政策有关。

其次,有的国际裁判主体在裁判中为追求特定的司法政策涉嫌对相关的国际法作出错误解释。例如,在2015年“次区域渔业委员会咨询意见案”中,国际海洋法法庭在《联合国海洋法公约》没有明确规定国际海洋法法庭拥有全庭咨询管辖权的情况下,通过对

^⑦ 参见古祖雪:《国际造法:基本原则及其对国际法的意义》,载《中国社会科学》2012年第2期,第128页。

^⑧ 参见曾令良:《现代国际法的人本化发展趋势》,载《中国社会科学》2007年第1期,第89页。

^⑨ 参见何志鹏:《国际法治:一个概念的界定》,载《政法论坛》2009年第4期,第75页。

^⑩ 参见廖凡:《多边主义与国际法治》,载《中国社会科学》2023年第8期,第60页。

^⑪ See *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p.23.

^⑫ See *The 'Enrica Lexie' Incident (Italy v. India)*, PCA Award of 21 May 2020, para. 1094 (B) (2).

作为《联合国海洋法公约》附件的《国际海洋法法庭规约》第21条中“任何其他赋予法庭管辖权的协定明确规定的有关事项”的扩大解释,认定自己具有全庭咨询管辖权。^{⑧3}这遭到包括我国在内的许多国家和学者的批评。^{⑧4}再如,在2021年“毛里求斯与马尔代夫海洋划界案”初步反对意见判决中,国际海洋法法庭特别分庭通过对国际法院2019年作出的“查戈斯群岛分离案”咨询意见的解释,认定查戈斯群岛的主权属于毛里求斯。^{⑧5}这遭到许多学者批评,他们认为该分庭对国际法院咨询意见的解读不符合国际法院的原意,将迫使国际法院陷入背离当事国同意原则的尴尬境地。

最后,有的国际裁判主体在裁判中追求的微观司法政策本身就不合理,不符合国际法发展规律和趋势。例如,在1927年“荷花号案”中,常设国际法院认为,并不存在一项公海上船舶碰撞事件中船旗国专属管辖的习惯国际法规则。^{⑧6}这一认定受到广泛批评,因为从微观司法政策看,常设国际法院的这一认定显然不利于维护航行自由价值。^{⑧7}事实上,为纠正常设国际法院的这一认定,1952年《统一船舶碰撞或其他航行事故中刑事管辖权方面某些规定的国际公约》第1条、1958年《公海公约》第11条和1982年《联合国海洋法公约》第97条第1款均专门明确规定,公海碰撞事件中船旗国具有专属管辖权。再如,国际法院作出的1966年“西南非洲案”(第二阶段)判决也广受批评,因为从微观司法政策看,该判决显然不利于维护民族自决权这一国际社会整体价值。为纠正其产生的不利影响,国际法院在1970年“巴塞罗那牵引公司案”中肯定了国际法上的“对世义务”(obligations erga omnes),^{⑧8}并在2012年“或引渡或起诉义务案”判决中,确认“缔约国间对世义务”(obligations erga omnes partes)可以产生诉权^{⑧9}。

(三) 国际裁判中司法政策的法治化构建路径

1. 价值层面: 国际裁判主体应坚守法治化标准

如果国际裁判主体所追求的司法政策明显偏离所应适用的国际法,就需要提醒国际裁判主体。国际裁判主体服务的国际社会可积极向国际裁判主体提出正当期待,这种正当期待是条约多数缔约国在特定期间就条约条款的含义形成的一种主流意见。每一个

^{⑧3} See Request for Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, paras. 56-58.

^{⑧4} See Yoshifumi Tanaka, *The Role of an Advisory Opinion of ITLOS in Addressing Climate Change: Some Preliminary Considerations on Jurisdiction and Admissibility*, Review of European, Comparative and International Environmental Law, Vol.32(2):6, p.208-210 (2022).

^{⑧5} See Case No. 18, *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, ITLOS Judgment of 28 January 2021, para. 246.

^{⑧6} See *The S.S. Lotus (France v. Turkey)*, PCIJ Judgment No. 9 of 7 September 1927, p.30.

^{⑧7} See Changwoo Ha, *Criminal Jurisdiction for Ship Collision and Marine Pollution in High Seas-Focused on the 2015 Judgement on M/V Ernest Hemingway Case*, Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping, Vol.4:1, p.11 (2020).

^{⑧8} See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)*, I.C.J. Judgment of 5 February 1970, para. 33.

^{⑧9} See *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I.C.J. Judgment of 20 July 2012, para. 68.

国际裁判主体都存在相对应的、作为其提供司法服务对象的“国际社会”。这些“国际社会”自身应努力成为真正的“国际社会”(international community),其成员应形成基于共同利益和价值的“社会意识”^⑩,而不仅仅是一个彼此关系相对稳定、交往相对密切的“国际社会”(international society)^⑪。只有在真正的“国际社会”中,才有可能发展出代表国际社会的正当期待。国际裁判主体所服务的国际社会在形成对国际裁判主体的正当期待后,可积极向国际裁判主体表达这种正当期待,国际裁判主体亦应对这种正当期待作出回应。科艾曼斯(Pieter Kooijmans)就指出,国际法院应通过司法政策对那些于当代国际社会至关重要、但在法律方面并不十分清楚的问题作出指引和澄清。^⑫

作为国际社会的成员,主权国家也可以向国际裁判主体表达正当期待。我国已表达了这种正当期待。针对国际法院,期待其“继续依照《联合国宪章》和《国际法院规约》忠实履行职责,切实尊重国家自主选择,维护国家同意原则,审慎行使管辖权;坚持客观、公正立场,完整、准确解释和适用国际法规则,高质量开展司法活动”,并“确保国际法平等统一适用,避免双重标准和例外主义”。^⑬针对国际海洋法法庭,认为“国际司法或仲裁机构应完整、准确、善意解释和适用《联合国海洋法公约》,恪守国家同意原则,充分尊重各国自主选择争端解决方式的权利。”^⑭针对国际刑事法院,希望其“充分考虑当地各方面复杂因素,遵循《罗马规约》补充性管辖原则和相关国际法,为问题的妥善解决发挥建设性作用。”^⑮

2. 规范层面:国际裁判主体可配备司法政策文件

国际裁判主体服务的国际社会可制定规制国际裁判的司法政策文件。在实践中,已出现表达国际裁判主体服务的国际社会所追求的政策目标的文件。例如,欧洲理事会部长委员会发表《伊兹密尔宣言》(Izmir Declaration),希望欧洲人权法院在审理庇护和移民案件时,除非出现极端情形,否则不干预缔约国国内庇护和移民程序。《联合国海洋法公约》的缔约国大会也在探索代表“国际社会”发出对于国际海洋法法庭和附件七仲裁庭的正当期待。^⑯必要时,国际社会可制定、修改或补充国际裁判主体必须适用的条约。^⑰

^⑩ [英]安德鲁·克拉彭:《布赖尔利万国公法》(原书第7版),朱利江译,中国政法大学出版社2018年版,第25页。

^⑪ Georges Abi-Saab, *Whither the International Community?*, *European Journal of International Law*, Vol.9:2, p.249 (1998).

^⑫ See Pieter Kooijmans, *The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56:4, p.741-754 (2007).

^⑬ 参见《耿爽大使在安理会国际法院院长通报会上的发言》,载中华人民共和国常驻联合国代表团官网2022年10月26日, http://un.china-mission.gov.cn/hyyfy/202210/t20221027_10792634.htm。

^⑭ 《耿爽大使在第77届联大“海洋和海洋法”议题下的发言》,载中华人民共和国常驻联合国代表团官网2022年12月9日, http://un.china-mission.gov.cn/chn/hyyfy/202212/t20221210_10988286.htm。

^⑮ 《中国代表刘洋在第77届联大“国际刑事法院的报告”议题下的发言》,载中华人民共和国常驻联合国代表团官网2022年10月31日, http://un.china-mission.gov.cn/hyyfy/202211/t20221101_10794964.htm。

^⑯ See Moritaka Hayashi, *Sea-Level Rise and the Law of the Sea: Future Options*, in Davor Vidas & Peter Johan Schei eds., *The World Ocean in Globalization*, Brill Nijhoff, 2011, p.202-204.

^⑰ 参见张华:《国际海洋争端解决中的“司法造法”问题——以“南海仲裁案”为例》,载《当代法学》2017年第5期,第151页。

此外,作为一种软性力量,当国际裁判主体服务的国际社会因为各种原因无法制定规制国际裁判的司法政策文件时,也可鼓励国际裁判主体自身制定关于国际裁判主体司法政策的文件或表达相应立场。美国学者戴维斯(Kenneth Culp Davis)在讲到行政自由裁量时指出,“与敦促立法机关公布有意义的标准相比,限定过度裁量权更有价值的方法是较早且较频繁地运用行政机关的规则制定权”^{⑨8}。而这同样适用于国际裁判主体对司法政策的运用过程,因为无论是行政机关的自由裁量还是司法机关的自由裁量都是在法定范围内对不同价值进行选择。

作为国际社会的重要成员,我国未来还可在国际裁判人员的选举上,认真收集候选人的履历,了解候选人的司法理念,将其作为是否投赞成票的考虑因素,也可单独或联合其他想法相近的国家举行会议、发表宣言,阐明自己对所适用的国际法的立场,还可向相应的国际组织或会议提交决议草案。确有必要时,也可援引国际裁判主体需要适用的条约中的修改条款,向其他缔约方提出修改条约的建议,或者提出制定议定书或执行协定的建议。此外,还可利用各种多边或双边场合鼓励国际裁判主体就其所应适用的特定国际法制定相关文件或表达相应立场。

3. 机制层面:国际裁判主体可完善监督机制

国际社会可考虑对有些国际裁判主体的裁判程序增设监督机制。虽然国际刑事法院、欧洲人权法院等国际裁判主体已拥有内部上诉机制,但一些处理国家间高度政治性争端的国际裁判主体尚未拥有上诉机制。对于当事国来说,这种一裁终局的机制如同一种“碰运气的游戏”^{⑨9};对于国际裁判主体来说,这种机制使其拥有“一锤定音”的大权,无形中增加了国际裁判主体任意推行自身司法政策的风险。但如这些国际裁判主体拥有上诉机制,就可以在无形中形成相互监督。

六、结 语

“权力是政策的基因,政策与权力的运用直接相关。有权力的地方就有政策,有决策的领域就有政策。”^⑩在国际法领域,国际裁判主体拥有司法权,自然就存在司法政策。国际裁判主体在认定、适用、解释国际法过程中均有可能存在司法政策考量,而国际法的模糊性、国际争端的政治性、国际裁判权的独立性大大放大国际裁判中司法政策存在的可能性。即便是持有规则定向思维的学者,也很难否认国际裁判中存在司法政策。国际裁判主体在裁决中无论是否有意,都会或多或少流露其追求特定司法政策的痕迹。就像国际法中固有政治因素一样,国际裁判中也固有司法政策。^⑪

对于国际裁判主体来说,无论是通过“国际法渊源”“国际法规则”“条约解释”“附

^{⑨8} Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969, p.60.

^{⑨9} Julius Stone, *Quest for Survival: The Role of Law and Foreign Policy*, Harvard University Press, 1961, p.4.

^⑩ 刘武俊:《司法政策的基本理论初探》,载《中国司法》2012年第3期,第29页。

^⑪ See James A. Green, *supra* note 41, 176.

带意见”还是“司法建议”中的任一司法技巧,都可在其裁判中阐述认定、适用和解释国际法,增强裁判的说服力,同时通过裁判累积形成相对稳定的司法政策,增强国际法的确定性、可预见性和安全性,并积极回应其所服务的国际社会就适用和解释国际法提出的正当期待。而对于当事方来说,其可在书状和口头陈辩中援引国际裁判主体的司法政策,增加法律意见被采纳的可能性。对于国际裁判主体服务的国际社会来说,当发现国际裁判主体的司法政策严重偏离国际社会制定的国际法时,可及时通过宣言等文件提醒国际裁判主体,必要时可起草、修改或补充条约,也可考虑完善对国际裁判主体的监督机制,争取将国际裁判中司法政策的运用纳入法治化轨道。

Abstract: The presence of judicial policy demonstrating the particular value guide, philosophical perception, moral inclination, or interest preference in international adjudications has been acknowledged by international law academics either with rule-based thinking or policy-based thinking. International adjudicative bodies use ‘sources of international law’, ‘international legal norms’, ‘treaty interpretation’, ‘obiter dicta’, and ‘judicial recommendations’ to skillfully integrate ‘judicial policy’ into the judgments. This judicial phenomenon results from the ambiguity of international law, the politics of international disputes, and the independence of international adjudicative power. The use of judicial policy by international tribunals has the problem of a ‘rule of law lacuna’ and thus should be based on the rule of law, which can be realized by value-settings, norm-creating and institution-building. China has already appealed to pay attention to judicial policy in international adjudications and could also play a more active role in this process by selecting international judges, submitting proposals to international organizations and conferences and relevant treaty modification proposals.

(责任编辑:陈贻健)