

关于自决权争端的国际法思考

卢 婧^{*}

摘 要：“自决”理论从诞生之际至今一直饱受争议。但可以肯定的是，国际法意义上的自决权，不能被理解为单方分离权；自决权和国家主权可能发生冲突，协商解决是相对妥善的处理方式；“救济性分离”实质就是自决权优于国家主权的主张，该主张缺乏充分的法律依据。自决权的争端往往涉及武力冲突，而支持争取自决权以及“保护的责任”理论都不构成采取武力干涉的充分理由。司法机构面对自决权争端时，必须明确自身的定位，区分政治问题和法律问题，避免因过分卷入政治争议从而导致公信力受损。

关键词：自决 国家主权 武力干涉 争端解决

引 言

对自决（self-determination）原则的理解在国际法学界一直充满着各种争议，这跟时势的变换有着密切的联系。轰轰烈烈的去殖民化运动给全世界留下了这样一种印象：自决权可以转化为独立权。在后殖民时代，分离实体也开始主张独立权，相当于将独立权又跟单方分离权画上了等号。从这个角度来说，要讨论有关自决原则的问题，有必要厘清以下问题，即在后殖民时代，自决权、独立权和单方分离权究竟存在着什么样的关系，以及“权利”和“行为”存在着什么样的关系，比如“分离权”和“分离行为”。

当自决权的行使还涉及武力使用时，问题就变得更复杂了。遗憾的是，这种情况并不鲜见，科索沃危机和乌克兰危机就是其中的代表。在考察自决权的行使问题时，相关的武力使用问题是无法回避的。

因此，本文的论述结构如下：首先对自决原则进行理论剖析，然后对涉及武力使用的问题进行一般性分析，最后比较司法机构处理自决权争端的不同做法，以此尽可能地阐释与自决争端相关的国际法问题。

一 关于自决原则的概括分析

要正确理解自决原则，需要结合时代背景区分与自决权相联系的一些概念，并考虑自决原则

^{*} 德国雷根斯堡大学（University Regensburg）法学系博士研究生。

和国际法其他原则的兼容性问题。自决原则的存在和作用的发挥总是在国际法的整体框架内，这意味着不能将自决原则和国际法其他原则进行割裂，而是要配合其他原则共同发挥国际法对国际社会的调节作用。因此，本文主要从以下几个角度对自决原则进行概括分析：首先对“自决”概念产生和发展历程进行回顾；然后在此基础上区别“自决”、独立和单方分离这几个相互联系的概念；接着讨论自决原则和国家主权原则的冲突问题；最后分析自决原则所衍生的一个重要概念——救济性分离。

（一）“自决”的历史沿革

“自决”最初是作为政治口号产生的。这可以追溯到美国的《独立宣言》，并且在日后的法国大革命中得到了进一步的宣扬。在反对西班牙殖民统治的拉丁美洲独立运动中，“自决”的概念亦时常被提及。第一次世界大战结束不久，美国总统威尔逊通过其“十四点原则”将“自决”重新引入公众视野。当时的美国国务卿兰斯对此表达了强烈的质疑：“总统提到自决时在想什么？他指的是一个种族的自决，还是一个地区的自决，或者是一个团体的自决？没有一个切实具体的主体，应用这项原则会危及和平与安全。”^① 多年后，詹宁斯也表示过类似的意见：“近四十年前，一个成了美国总统的政治学教授——威尔逊，提出了一个荒唐（ridiculous）却被广泛接受的主张——自决。表面上这个主张是有道理的：让人民（people）来决定。但实际上，这是荒唐的：只有先确定了谁是‘人民’，人民才能决定。”^② 尽管存在着这种严重的先天不足，“自决”还是被写进了一系列国际法文件：《联合国宪章》《公民权利和政治权利国际公约》《经济、社会和文化权利国际公约》等等。

然而，在此过程中，“自决”的内涵在不断变化。《联合国宪章》的第1条第2款提到“自决”：“在权利平等和民族自决原则的基础上，发展国家间的友好关系，并采取其他恰当的方式促进世界和平”；第55条规定，“在权利平等和民族自决原则的基础上，为了创造对发展和平友好关系必不可少的安定和幸福的环境”。这两条，“旨在表达一个国家的人民的权利应得到保护，不被其他国家或政府干涉。”^③ “自决的概念当初并不包含非独立人民要求独立的权利，甚至没有包括投票权。”^④ 虽然宪章没有明确提到自决的主体，但在当时的历史背景下将条文中的“民族”理解为主权国家是没有问题的。不久后，“自决”的主体范围在去殖民化运动中有所扩大：“如果非独立人民选择独立，必须允许他们重返独立，这一点获得了越来越多的认可……在去殖民化的语境下，自决开始被视为一项法律原则，但并不是说只有‘独立’这一项选择……原则上说，也可以选择维持和前殖民国的关系……不久后，认为不仅是被殖民统治的人民有自决的权利，受到任何外来压迫、不能决定自身前途的人民，也享有同样的权利。这种想法体现在了1970年《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》（以下简称《联合国友好关系

① H. Lansing, “Self-determination” *Saturday Evening Post*, 9 April 1921, at B7. As quoted in Whelan Anthony, “Wilsonian Self-determination and the Versailles Settlement”, (1994) 43 *International & Comparative Law Quarterly*, p. 108.

② Jennings I., *An Approach to Self-Governance* (New York: Cambridge University Press, 1956), pp. 55–56.

③ Rosalyn Higgins, “Self-Determination and Secession”, in Julie Dahlitz (ed.), *Secession and International Law: Conflict Avoidance* (United Nations, 2003), p. 23.

④ Rosalyn Higgins, “Self-Determination and Secession”, p. 23.

宣言》——笔者注)。”^①

此外,人权法的发展对“自决”也有不容忽视的影响。《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》的第 1 条均规定:“人民皆享有自决权。通过行使该权利,他们自由地决定自身的政治地位及追求经济、社会和文化的发展。”因此,有学者指出,“当代后殖民语境下的自决跟民主(democracy)和善治(good governance)的理念紧密相连”。^②

沿着“自决”的发展脉络可以清晰地看到:经过多年的发展演变,“自决”的概念不是变得越来越明晰,而是越来越含糊。先天存在的主体不明到现在还是不明,比如谈到被外部力量征服的人民也享有自决权时就存在这样的问题:“在一个多元社会,怎么理解‘外部的’(alien),又怎么理解‘征服’(subjugation)?这是否有时间限制?要是没有时间限制,那么在哪个时间点上,‘征服’被主流文化同化或接受?”^③抛开权利主体不明,权利的内容也同样不明。譬如:“民主”和“善治”的标准是什么?考虑这个问题时,有必要回忆伊恩·布朗利(Ian Brownlie)的论断:“规定民主政府的标准,会导致对他国内政的无休止的干涉。民主政府的标准是多样的,而且富有争议性。并不罕见的是,西方国家抱怨某国政府专制的时候,正是该国走向相对民主的初级阶段。”^④另一个问题是,当一国人民之间对“民主”的认识发生严重分歧的时候,哪一方的“民主”优先?这正是克里米亚危机,或者说乌克兰危机的核心争议:西乌克兰反对派通过非宪法手段迫使民选总统亚努科维奇下台,对反对派来说,这是“民主的胜利”;而对包括克里米亚在内的东乌克兰人民而言,这是对民主的破坏。克里米亚和其他东乌克兰人民决意用分离行为对抗这种破坏。这个问题怎么解决?

根据“不干涉内政”的原则,国际法对此应是完全中立的。然而,随着国际法的发展,“内政变成了一个开放性的话题,内政的标准一直在变”。^⑤在这样的背景下,有西方学者指出,“和人权、种族压迫有关的问题不再属于内政。例如,欧共体曾声称,‘对人权和基本自由的保护无论如何不能被认为是对一国内政的干涉……当人权被侵犯时有进行干涉的道德权利。’”^⑥此外,文献中关于民主权(right to democracy)的讨论日渐增加。托马斯·弗兰克(Thomas Franck)认为,民主治理权(right to democratic governance)正日益成为一项“正式的国际法规定”;相应地,民主“正逐渐成为一项全球性的权利,逐渐受到国际集体化程序(collective international processes)的促进和保护”。戴安·奥恩里希(Diane Orentlicher)甚至认为,当自治被否定、人权被侵犯时,民主治理权暗含了有限的分离权。其看法等同于:当自决权被否定时,就应享有有限的分离权。^⑦面对诸如此类激进的观点或主张,国际法不得不将以上种种由“自决”引发的棘手问题纳入考虑。

① Rosalyn Higgins, “Self-Determination and Secession”, p. 26.

② Rosalyn Higgins, “Self-Determination and Secession”, p. 30.

③ Malcolm N. Shaw, “the Role of Recognition And Non-recognition with Respect to Secession: Notes on Some Relevant Issues”, in Julie Dahlitz (ed.), *Secession and International Law: Conflict Avoidance* (United Nations, 2003), pp. 244 – 245.

④ Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 61.

⑤ Malcolm N. Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 6th edn, 2008), p. 212.

⑥ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 213.

⑦ Lee Seshagiri, “Democratic Disobedience: Reconceiving Self-Determination and Secession at International Law”, (2010) 51 *Harvard International Law Journal* 553, pp. 589 – 590.

（二）自决、独立和单方分离

谈到自决权向独立权的转变，不能不提联大 1960 年作出的第 1514（XV）号决议《关于准许殖民地国家及民族独立之宣言》。决议是如此表述的：

“……深知必须根据尊重所有民族之权利平等与自决之原则，及不分种族、性别、语言或宗教，普遍尊重及厉行人权与基本自由之原则，造成安定与幸福之情境，和平与友好之关系，承认所有未独立民族盼望自由之殷切及此等民族对于达成其独立所发生之决定性作用……五、在托管领土及非自治领土或其他尚未达成独立之领土内立即采取步骤，不分种族、信仰或肤色，按照此等领土各民族自由表达之意志，将一切权利无条件无保留移交彼等，使能享受完全之独立及自由。六、凡以局部破坏或全部破坏国家统一及领土完整为目的之企图，均与联合国宪章之宗旨及原则不相容”。^①

严格的说，联大决议本身还算不上国际法的正式渊源，但在国际法的解释上能发挥重要的作用，所以结合这项决议解释自决原则是恰当的。根据第 1514（XV）号决议，能确定的是：在殖民语境下，自决原则可以导致独立的结果。至于“独立”是作为行使自决权的一种行为方式，还是作为一项国际法权利，在这个背景下没有进行区别的显著必要性。值得重视的是，决议强调了“独立”不能破坏国家统一和领土完整，这表明：国际法不认为一国殖民地的“独立”是对该国国家统一和领土完整的破坏。换言之，殖民地不属于宗主国领土，殖民地人民的独立运动不属于对宗主国领土的分离行为。

从这个角度看，后殖民语境下的“独立”和殖民语境下的“独立”完全是两个概念。后殖民语境下的“独立”实质上是分离实体对国家领土的单方分离行为，是对该国国家统一和领土完整的破坏。这跟第 1514（XV）号决议倡导的“独立”完全是背道而驰的。所以，认为能从“通过独立的方式行使自决权”推导到“通过单方分离的方式行使自决权”，或者干脆将“独立权”等同于“单方分离权”，都是没有法律依据的。

另外还要注意的，在殖民语境下不需要特别区分“行为”和“权利”，如“独立”和“独立权”。但在后殖民语境下有区分的必要，因为分离权能产生分离行为，但分离行为产生不了分离权。这个逻辑并不复杂，但相关的认识误区在国际法学界并不鲜见。比如加拿大最高法院在《关于魁北克分离的参考意见》（*Reference by the Governor-General Concerning Certain Questions Relating to the Secession of Quebec from Canada*）中就犯了这样的错误。意见中提到：“因为不存在有关单方分离的授权性规定，认为国际法规定了分离权的人们需要证明：国际法没有专门禁止单方分离，并且，没有专门禁止可以推定为允许；或者，因实施民族自决这项国际法权利导致的分离具有合法性，国家承担着承认这种合法性的默示义务。”^②

加拿大最高法院将推定为允许的行为理解为权利，这存在逻辑上的问题。众所周知，一项法

^① 联大 1514（XV）号决议《关于准许殖民地国家及民族独立之宣言》，[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)&referer=/english/&Lang=C](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV)&referer=/english/&Lang=C)。

^② Reference Re Secession of Quebec, (1998) 37 *International Legal Materials*, p. 1368.

律权利会受到法律的支持和保护,这跟那些仅仅是法律允许的行为是大不一样的。法律所允许的行为意味着法律不会制止,但不能必然断定法律会支持和保护这种行为。按照现代法治的精神,法无明文规定不处罚。但“不处罚”不意味着法律对这种行为是持肯定态度的,更不用说将之等同于一项拥有法律授权的行为。禁止某种行为,允许某种行为,依据某种法律权利作出行为,前一种类别和后两种类别是泾渭分明的;后两种类别的差异则时常有意无意的被忽略。这在国际法院给出的针对“科索沃单方独立宣言是否符合国际法”这一问题发表的咨询意见中亦有体现。

国际法院的西玛法官在他的个人声明里是这样描述的:“法庭对联大提出的问题的解读以及推理,相当于将‘不禁止’等同于‘许可’”,^①“(该意见)忽视了‘不禁止’(某行为)有若干种含义,包括‘容忍’(某行为)到‘许可’(某行为)到‘乐见’(某行为)。在上述情形下,即使存在某种公认的‘宣布独立权’,国际法院给出的这份答案也依然适用”;^②“一项行为可以‘容忍’,并不必然意味着它是‘合法的’,它只是‘没有违法’而已”。^③而且,他进一步指出,“法庭所采取的狭义解释的方法,其中一个明显的缺点就是无法顾及大量充斥于国际法的这些细微的差别”。^④

由此可见,“国际法没有专门禁止单方分离”这一表述,至多只能推断国际法容忍了,亦或在某种程度上允许这种行为的发生,而不能直接推断国际法承认了分离权。要论证分离权的存在,还需要考量其他的各种具体因素,而不能限于那种简单的“允许即有权,禁止既无权”的二元思维。至于将自决权与单方分离行为相联系,认为以单方分离的方式实施自决权具有合法性,这必须是在忽略“分离对国家统一和领土完整的破坏性”这一前提下才能实现。忽略“分离对国家统一和领土完整的破坏性”,意味着无视国家主权原则。这就涉及到了国际法原则之间的兼容性问题了:当自决原则和国家主权原则发生冲突时,应该如何取舍?本文随后将对这一问题进行探讨。

(三) 自决权和国家主权的冲突

前已提及,随着国际形势的发展,特别是人权法的兴起,国际法学界开始考虑那些原本属于内政的问题。但这么做不是没有代价的,这个代价就是国家主权原则可能被削弱。伴随着自决原则的发展演化,这项原则似乎正日益走向国家主权原则的对立面。当然,自决原则并不总是和国家主权原则相冲突。通常认为,当行使自决权的主体是全体国民时,自决权和国家主权是重合的。而当自决权的主体是部分国民时,就有可能发生冲突,比如苏格兰和大不列颠及北爱尔兰联合王国在苏格兰独立的问题上,一开始就没有统一的意见。但这种矛盾在双方的有效协商下还是比较妥善的解决了:双方签署了《爱丁堡协议》(Edinburgh Agreement),同意通过独立公投来解决问题。类似的例子还有南苏丹的独立,双方最终也是通过签订一系列的和平协议(Comprehensive Peace Agreement),解决了自决权和主权的冲突问题,尽管一开始采用的是内战的手段。

可见,即使自决权与主权产生了冲突,也是有办法解决的,而且能够不以削弱主权为代价:

^① Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma, para. 8.

^② Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma, para. 8.

^③ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma, para. 9.

^④ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma, para. 9.

在上述的例子中，主权行使者和自决权主张者通过平等谈判，解决了矛盾冲突。类似的思路在加拿大最高法院《关于魁北克分离的参考意见》中也有所体现。意见指出：“宪法提供了秩序和稳定，因此，根据宪法一个省的分离不能通过单方行为实现；也就是说，在既定宪法框架下，必须要经过和其他的联盟成员（other participants in confederation）进行有原则的协商（principled negotiation）”。^①

协商解决只是关于自决权和国家主权冲突解决方式的一种见解。另一种见解是：自决原则优先，国家主权原则及其实质性表现——领土完整原则列后。北约对前南斯拉夫联盟共和国发动的空袭所依据的口号“人权高于主权”体现的就是这种见解，当下俄罗斯对克里米亚独立的态度，也接近这种见解。对于这种见解，国际法学界存在着广泛的争议。有的观点认为，基于“国际社会越来越多地参与到了传统上的国内事务中，这令领土完整原则受到一些限制”。^②“由于国际法的新原则赋予了主张相应权利的一些主体‘社会权利’（community right）（卡塞斯语），领土自身，包括它的完整性，在国际法体系中将降至次要地位，至少已不那么重要”。^③相反的观点是：“有些概念和领土问题相关，这些概念包括自决，还有历史、地理方面的诉求。这些概念未必都算得上法律原则，有的纯属政治或道德表达（political or moral expressions）。尽管它们在国际政治体制下很有说服力，但它们未必具有法律效力。国际法体系的一个核心原则体现为对边界问题的稳定性和终局性的需求，很多其他的原则都是围绕这个展开的……领土完整原则集中体现了这一点”。^④

笔者认为，抽象的讨论领土主权原则及其限制，意义有限。更恰当的做法是根据具体案例，具体问题具体分析。在一些极其特殊的情况下，对领土主权作出了限制，这应被理解为“例外”。在理解国际法原则的时候，不应该只考虑那些例外，即使这些例外受到高度关注。更重要的是，需要考察这些例外是普遍认可的，还是饱受争议的；这些例外是否具有普遍适用性。只具有个案适用性的例外就不能盲目地适用于其他案例。以自决权作为领土主权的限制，理论上虽多有讨论，但实践中连一个普遍认可的案例都找不到。因此，结合当下国际法的实践，没有充分的理由支持这种见解。

此外，坚持自决权优先于主权，会进一步恶化国家之间的事实上的不平等状况。因为“‘主权’和‘不平等’之间存在着相互牵制（mutual containment）的关系。主权制度至少在名义上排除了那些不平等的形式，同时有助于去除其他的实际上的不平等。相反地，要想不平等就要限制主权概念……不平等依靠各种批评主权的论调，包括人权、自决权、女性主义理论和批判性理论，意图削弱主权作为一种规范性概念的地位”；^⑤“……在没有恰当的替代概念可以限制不平等的情况下，国际法主权概念的剧烈变化是有害的”。^⑥

那么，是否可以认为主权优先于自决权，二者发生冲突时，自决权必须让步？基于现实和历

① Reference Re Secession of Quebec, p. 1343.

② W. E. Butler, “Territorial Integrity and Secession: The Dialectics of International Order”, in Julie Dahlitz (ed.), *Secession and International Law: Conflict Avoidance* (United Nations, 2003), p. 119.

③ W. E. Butler, “Territorial Integrity and Secession: The Dialectics of International Order”, p. 119.

④ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 522.

⑤ Benedict Kingsbury, “Sovereignty and Inequality”, (1998) 9 *European Journal of International Law* 599, p. 602.

⑥ Benedict Kingsbury, “Sovereignty and Inequality”, p. 603.

史经验的考虑,这样的见解也可能产生问题。最近的例子就是乌克兰临时政府和新任政府对东乌克兰人民的做法。临时政府作为乌克兰主权行使者,完全拒绝对话协商,只想通过武力手段迫使东乌克兰人民服从。目前来看,这非但不能解决问题,反而使问题日益恶化:乌克兰新任政府至今未能完全对东乌克兰地区实施有效控制。而且,当国内争端恶化并威胁国际和平与安全时,根据《联合国宪章》第 39 条,安理会可以进行干预。而且,安理会通过的决议,哪怕对一国主权构成了限制,该国也得接受。譬如,安理会第 1244 (1999) 号决议事实上中止了前南斯拉夫联盟共和国对科索沃省行使主权。因此,从现实和历史经验的角度看,单纯强调主权的优越地位,也未必能在事实上维护主权的优越地位。

综上所述,对于自决原则和主权原则的冲突,协商解决的办法比牺牲主权或单纯强调主权的办法更有助于问题的妥善解决。

(四) 救济性分离

“救济性分离”(remedial secession)实际上体现的也是自决权优先于主权的态度,只不过它用“救济”的名义巧妙地进行了掩盖。《关于魁北克分离的参考意见》隐晦地表达了这层意思:“当一个国家的政府,在平等非歧视的基础上,代表了居住在它领土之上的全体人民或各个民族,而且在国家的内部制度安排上,尊重自决的原则,这个国家就有权享有国际法所规定的对领土完整的保护。”^①这段话似乎暗示了:当一个国家的政府,未能在平等非歧视的基础上,代表居住在它领土之上的全体人民或各个民族,也未能在国家的内部制度安排上,尊重自决的原则,这个国家就可能失去国际法所规定的对领土完整的保护。

“救济性分离”的理论渊源可以追溯到 1970 年《联合国友好关系宣言》及随后一些文件中的所谓的“保障条款”,即“不能将上述(跟自决有关的)内容解释为授权或鼓励任何旨在整体或部分肢解或损害那些尊重权利平等和民族自决、政府不分种族、信仰、肤色代表全体人民的、独立主权国家的领土完整或政治统一”。^②这“被认为是对‘救济性分离’的法律认可,至少将之视为最终的解决方式(last resort)。(依这种思路)如果一个国家未按照《联合国友好关系宣言》的规定行事,那么这个国家受到歧视的那部分人口就享有自决权,试图妨碍这项权利的国家将丧失(国际法)对它的领土完整的保护”。^③然而,如果将这条理解为对“救济性分离”的认可,会产生很多困惑:

首先,“这样戏谑的法理(merry jurisprudence)使分离变得容易,这极易导致混乱和无秩序”;^④“通过上下文探究(《联合国友好关系宣言》)起草者关于那个条文的本意很困难。但可以肯定的是,(起草者们)作为各个国家的代表,他们绝对不想为自己的国家敲响丧钟。很少有人故意为自己掘墓”。^⑤因此,认为这个条文具有“救济性分离”的涵义且已为各个国家所接受,与现实不符。

① Reference Re Secession of Quebec, p. 1372.

② UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement> (last visited December 26, 2014).

③ Marcelo G. Kohen (ed.), “Secession: International Law Perspectives”, p. 10.

④ Christian Tomuschat, “Secession and Self-Determination”, p. 24.

⑤ Christian Tomuschat, “Secession and Self-Determination”, p. 25.

其次,“一些国家的政权否定本国某些群体的参与权,这一事实不能回答为什么解决之道是‘分离’而不是赋予充分的参与权”。^①显然,“像分离这种激进的‘解决方式’,它的影响是永久的,至少是长期的”,^②但对参与权的否定“通常只是某届实施歧视性政策的政府所为。这可能只是一种暂时的情况”。^③从这个意义上说,“分离”并非恢复参与权的可取的方式。那么,当发生了严重的人权危机时,“分离”是否就变得可取了?是否能简单的推断“分离”就是解决“人道主义灾难”或“严重的人权危机”的良方?从逻辑上看,“解决严重侵犯人权问题,无论是集体人权还是个人人权,更恰当的做法是恢复对这些权利的尊重”。^④“本来是一个国内的关于尊重人权的问题,需要国际社会做的也是缓解对这些权利的强力压制,现在居然被转化成了一个领土问题,可以说被转移到了一个新的领域。这个过程导致了问题本身不能得到有效解决。而且可能导致本来就令人不满的人权状况更加恶化”。^⑤

笔者认为,“救济性分离”最难自圆其说的地方在于,将救济方式与分离捆绑在一起。“救济性分离”主张者的解释无法令人信服。比如,有学者认为,“救济性分离属于一种更高级的法律。它类似于反抗暴政这样的典型的自然权利。作为一种最后的手段(*ultima ratio*),应当允许诉诸于这种更高级的原则”。^⑥或者,“人们保护自己,反抗对自身最基本人权的侵犯,这是符合道德的。当分离成为免于继续遭受不公正对待的唯一选择时,受害者自我保护的权利令国家对领土所享有的权利失效,这在道德上许可受害者联合起来进行分离活动”。^⑦显然,这种源于道德冲动的诉求,在推理方面过于简单和武断了。对此至少可以提出以下质疑:

首先,最基本人权持续被侵犯,除了分离外没有其他免于继续遭受不公正对待的选择,这样的情况在当今社会真的存在吗?就算存在,又能持续多久?众所周知,分离是个漫长的过程,持续侵犯人权的残酷压迫,往往都会在分离成功之日前结束。原因很简单:国际社会不会对这种危害地区或国际和平与稳定的事件置之不理,区域性组织、安理会会考虑介入。此外,根据现实和历史经验,那些有正义感的大国也不可能一直袖手旁观。当外部力量介入时,残酷压迫会得到缓解。当压迫得到缓解或终止时,还有必要把“救济性分离”当成“最后的手段”吗?已经开始的分离行动还有必要继续下去吗?

其次,反抗暴政跟反抗对最基本人权的侵犯,跟分离也没多大关系。本质上,这属于要求民主治理的权利。民主治理能靠单方分离实现吗?单方分离是比民主化改革更有效的方式?只有分离才能实现民主治理?谁能保证单方分离一定会带来民主治理?笔者认为,在这些问题没有解决的情况下,讨论“救济性分离权”为时过早。在讨论这个问题之前,还需解决以下问题:民主的标准是什么?如何避免“民主”沦为干涉内政的借口?当国民对民主的认识存在分歧时以哪

① Lea Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation”, (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 177, p. 185.

② Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, p. 11.

③ Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, p. 11.

④ Marcelo G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, p. 11.

⑤ Malcolm N. Shaw, “the Role of Recognition and Non-recognition with Respect to Secession: Notes on Some Relevant Issues”, pp. 248 - 249.

⑥ Anne Peters, “Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?”, (2011) 24 *Leiden Journal of International Law*, p. 104.

⑦ Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for International Law* (New York: Oxford University Press, 2004), p. 354.

一方的认识为准?

实际上,没有必要将“救济”和“分离”捆绑在一起。救济是目标,分离不过是手段。必须考虑“分离”作为一种手段对于实现“救济”这一目标的必要性和有效性。“分离”是能够实现“救济”目标的必要或有效的手段吗?联合国消除种族歧视委员会 1996 年通过的《第 21 号一般性建议:自决权》中已经指出:“国家分裂可能对保护人权以及对维护和平与安全有害”。^① 相对于依靠分离来解决由侵犯人权引发的问题,为什么不考虑更直接的解决办法?比如进行民主化改革,加强对人权的保护。世界上绝大多数国家不都是通过激进或渐进的民主化改革逐步实现人权改善的目标吗?有哪个国家是单纯依靠分离就实现了这一目标的?就算要把“救济性分离”当做最后的解决之道,至少得有一个启动这项方案的普遍认可的前提,否则这就不是一项最后的手段,而是一项常规手段。另外,还得有能够避免国家碎片化的附加条件。否则,一旦国际法承认了“救济性分离”,运用这项法律规定“可能会导致国家无限碎片化这样荒谬的结果——如果没有诸如潜在国家实体的可行性(viability of a potential state entity)这样的附加条件,碎片化不知到何时才是尽头”。^② 而目前,启动“救济性分离”所普遍认可的前提和能够避免国家碎片化的附加条件都不明确。

此外,在“救济性分离”的语境下,“少数人(minority)先要令人信服地主张他们对领土的权利,才有权要求救济性分离。分离分子的诉求和来自少数人的其他诉求的根本差别在于,分离分子希望在特定土地上建立新国家”。^③ 显然,在这种情况下,分离分子必须证明,自己比这个国家的其他民众更有权利拥有欲分离领土。有观点认为,这种证明责任对分离分子不公平,因为这一群体往往曾遭受过不公正的待遇,例如人权曾遭受侵犯。但是,正如之前提到的,解决不公正待遇,未必需要分离;取消歧视性措施、赋予公正待遇就能解决这个问题。“不公正待遇本身不能产生领土诉求;领土诉求必是独立存在的(independently established)”。^④ 另一方面,完全忽视分离分子所在国的其他民众对欲分离领土所享有的权利,同样也是不公平的。难道只有科索沃分离分子对科索沃省的领土享有权利,塞尔维亚的其他民众对这片领土就一点权利也没有?答案显然是否定的,尤其是考虑到一国国内人口的流动问题。科索沃的领土所有权应归属于塞尔维亚各族人民这个整体,领土的变更应是整体作出的决定。“救济性分离”实际上是以救济的名义,牺牲整体——塞尔维亚各族人民的利益,满足少数人——科索沃分离分子的需要。这种内在的不公必然会导致各种不安定因素的产生。

因此,应该将“救济”和“分离”作为两种不同的诉求来理解。“救济”是人权、民主方面的诉求,“分离”是领土方面的诉求。人权和民主问题通过民权运动、民主化改革、加强法治建设等方式解决,领土问题通过整体谈判协商解决。人权、民主受到损害,本身不能产生任何新的领土权利;没有新产生的领土权利,也不会对人权、民主的救济产生丝毫的影响。

① 消除种族歧视委员会的报告, A/51/18 (1996), 第 140 页, http://www.un.org/zh/documents/view_doc.asp?symbol=A/51/18&referer=http://www.un.org/zh/documents/&Lang=C, 最后访问时间:2014 年 12 月 12 日。

② Christian Tomuschat, *Secession and Self-Determination*, p. 29.

③ Lea Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation”, (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 177, p. 193.

④ Lea Brilmayer, “Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation”, p. 188.

二 自决原则和禁止使用武力原则

后殖民时代争取自决权的运动往往也伴随着使用武力问题，比如科索沃危机和乌克兰危机。一个国家能否采用武力支持另一个国家的国民争取自决权的斗争，尤其是在种族压迫、大规模侵犯人权乃至人道主义灾难的背景下，这也是学界经常讨论的话题。针对这个问题，首先要考虑的是国际法的禁止使用武力和武力威胁原则及其例外，尤其是当下理论界十分流行的“例外”说——“保护的责任”。“保护的责任”能否演化为一国动用军事力量支持另一国国民争取自决权的斗争的合法理由，这是个无法回避的问题。

（一）禁止使用武力原则及其例外：理论争议和现实困境

国际法上的禁止使用武力原则及其例外，跟自决原则一样饱受争议。要理解这一原则及其例外，必须结合《联合国宪章》第2条第4款、第42条和第51条。《联合国宪章》第2条第4款规定：各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。第42条规定：安全理事会如认第41条所规定之办法为不足或已经证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。第51条规定：联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。对于《联合国宪章》的这些规定存在着不同的解释。一种解释是：这应被视为绝对的禁止使用武力，只存在两种例外的情況：自卫和实施安理会决议。另一种解释是：这应被视为，当使用武力的目的不违背联合国宗旨时，允许使用武力，自卫和实施安理会决议就是其中两个例子。两种解释比较而言，最大的区别在于：前者是基本不区分动武目的（除了两个例外）的严格禁止，后者是区分动武目的的有限禁止。

当年英国在科孚海峡案中就主张“有限禁止说”：英国入侵阿尔巴尼亚领水是为了搜寻证据（确定哪个国家应对安置水雷从而导致两艘英国军舰被毁承担责任），这并不违反第2条第4款的规定，因为该行动没有破坏阿尔巴尼亚的领土完整和政治独立。^① 国际法院拒绝了这种主张，认为“主张这种干涉的权利（right of intervention）是为了宣扬武力，类似的行为在过去常常会导致武力的滥用，因此不能……在国际法享有一席之地”。^② 同时国际法院提到：“从本质上说，这（指干涉权）就是为最强大的国家预备的（reserved for the most powerful states），容易导致国际正义本身的败坏（lead to perverting the administration of international justice itself）”。^③ 尽管国际法院在本案中拒绝了英国的主张，但这并不表明两种解释方法的争端已被划上句号，因为不能确定该拒绝“是针对英国基于特定事实提出的主张，还是针对第2条第4款的狭义解释”。^④ 主张“有

① Christine Gray, “The Use of Force and the International Legal Order”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law* (New York: Oxford University Press, 3rd edn., 2010), p. 619.

② Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 1127.

③ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 1127.

④ Christine Gray, “The Use Of Force and the International Legal Order”, p. 619.

限禁止说”的国家不只英国。以色列在乌干达的恩德培行动（Operation Entebbe），美国 1983 年出兵格林纳达，都用“有限禁止说”为其使用武力的行为辩解。^①当然，除“有限禁止说”外，它们还主张，第 2 条第 4 款并不禁止国家动用武力拯救自己的国民。比利时在为北约空袭前南斯拉夫联盟共和国辩护时，用的也是“有限禁止说”附加人道主义干涉的理由：空袭是为了拯救人民于水火，而不是针对前南斯拉夫联盟共和国的领土完整和政治独立。^②此外，“有限禁止说”还常常和应邀干涉（intervention by invitation）结合使用。联大第 3314（xxix）号决议认为应邀干涉不属于侵略，国际法院在“刚果领土上的武力行动”一案中也认为应邀干涉是可以允许的武力使用。^③

应该从历史唯物主义的角度思考禁止使用武力原则及其例外。区分动武目的的思想古已有之：中世纪时义战（just war）是允许的，侵略是被严格限制的。^④问题是，义战的标准是什么？当交战双方都主张自己是为正义而战时，哪一方的正义优先？格劳秀斯为解决这个问题作出的尝试，就是用自卫、保护财产和惩罚导致一国国民受害的罪行来重新定义“义战”的概念。^⑤威斯特伐利亚体系形成后，“义战”的观念被国际法抛弃，因为国家都是主权平等的，没有国家有资格判断其他国家发动战争的理由正义与否。^⑥动用武力成为实施国家政策的合法手段。第一次世界大战使各国意识到，必须对武力的使用加以限制。由此产生的《巴黎非战公约》，明文规定了放弃战争作为推行国家政策的工具。一些国家在公约保留中指出武力自卫权仍是国际法承认的一项原则。当历史步入联合国时代，《联合国宪章》在武力使用的问题上，同时吸收了前威斯特伐利亚时代的“义战”思想和《巴黎非战公约》的普遍禁止战争的态度。而二者之间固有的张力，使得两种解释的争议长期以来不绝于耳。

究竟应该采用“严格禁止说”，即不问动武目的，严格禁止除自卫和执行安理会决议之外的一切使用武力和武力威胁的行为？还是“有限禁止说”，即当动武目的符合联合国宗旨时，允许使用武力和武力威胁？这不但是一个法律解释问题，而且是一个政治问题。国际法院在科孚海峡案中暗示了这一点：如果采用“有限禁止说”，会为强国进行武力干涉提供口实。这种危险其实在格劳秀斯那个时代就充分暴露了，所以格劳秀斯致力于统一“义战”的概念：将“义战”局限于若干情形下，不得随意标榜己方的武力行为属于“义战”。“严格禁止说”的思路类似于格劳秀斯的思路：只认可自卫和执行安理会决议这两种动武理由，不考虑这两种以外的其他理由。而“有限禁止说”认为：这两种动武理由不足以应对眼下纷繁复杂的各种具体问题，非常之时更需非常之举。客观地说，“有限禁止说”并非全无道理，主要原因在于，安理会决议机制自身存在局限性：在制定安理会决议时，五个常任理事国考虑的往往不只是国际社会整体的利益，还有自身特殊的利益。安理会决议机制从来不能保证，当国际社会整体利益和常任理事国自身的利益发生冲突时，常任理事国能优先考虑国际社会整体利益。当国际社会整体利益和常任理事国自

① Christine Gray, “The Use of Force and the International Legal Order”, p. 627.

② Christine Gray, “The Use of Force and the International Legal Order”, p. 622.

③ Georg Nolte, “Intervention by Invitation”, para. 16, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law;epil/9780199231690/law-9780199231690-e1702?rskey=GH0KHE&result=1&prd=EPIlgung-von-der-bahn/ar-BB88o17?ocid=iehp> (last visited December 1, 2014).

④ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 1119.

⑤ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 1120.

⑥ Malcolm N. Shaw, *International Law*, p. 1120.

身的利益发生冲突,而常任理事国优先考虑自身的利益时,安理会决议机制就无法正常地发挥作用。另外,即使安理会决议机制正常发挥作用,从问题提交安理会到决议的产生往往也需要一定的时间。这种时间上的消耗对于具有高度紧急性事件的解决也是一大难题。在这些情况下,采用“严格禁止说”确实存在不利于解决现实问题的可能。

然而,这并不表明,采用“有限禁止说”就一定能解决问题。比利时在北约空袭前南斯拉夫联盟共和国时采用的“有限禁止说”附加人道主义干涉的理由,事实上对解决现实问题没有任何帮助。连欧洲理事会都承认:“北大西洋公约组织 1999 年在南斯拉夫联盟共和国进行的军事干预,尽管名义上出于阻止严重侵害人权的需要,本身就导致了对人权的大规模侵犯,并且没有对既存问题提供持久的解决方案”。^①由此可见,“有限禁止说”尽管具有一定的合理性,但这种合理性未必能导致现实的有效性。此外,考虑到国家实力的差异,相比“严格禁止说”,“有限禁止说”的确增加了弱国遭受武力侵害的危险。在自卫能力存在巨大差异的情形下,主张“有限禁止说”,对强国不会有实质性的影响:强国可以不依赖于“禁止使用武力和武力威胁”原则的保护,依靠本身的国防能力进行自保即可。但对于高度依赖“禁止使用武力和武力威胁”原则保护、自卫能力有限的弱国,“有限禁止说”大大降低了它们可以期待获得的保护。

对于“武力使用”这个难题,笔者的看法是:理论上坚持“严格限制说”,现实中具体情况具体分析。结合主权平等、互不干涉内政、和平解决国际争端等国际法原则以及国际社会中国家大小强弱有别的现实,坚持“严格限制说”更符合国际法的目的和宗旨,总体上更有利于维护弱国的权益,限制强国找借口动武。对于个别特殊的案例,结合案件本身的特殊性,动武的必要性和适当性,所达到的效果和武力承受国受到的损害等若干因素,对使用武力是否违反国际法进行具体的评价。所谓“特殊性”,就是要考虑案件的紧急程度,涉案国家之间是否存在特殊关系,是否存在影响安理会决议机制正常发挥作用的因素,以及是否存在“应邀干涉”等情形;谈到动武的必要性和适当性,必须考虑非武力解决方案的可行性和是否将武力使用限制在了最低限度内;然后,还要审视动用武力的后果,考察是否达到了预期的目标,是否制造了新的问题,武力承受国受到了多大的损害,这种损害与武力所救济的利益之间有着怎样的比例关系。当然,以上的列举并非穷尽,事实上将所有需要考虑的因素穷尽列举也是不可能的:纷繁复杂的现实决定了要考虑的因素也必然是多种多样的,个案之间的差异也会导致纳入考虑的因素及其权重有所不同。以上的列举只是想说明,对“严格限制说”不适用的个别特殊案例,不笼统地采用“有限限制说”,而是根据案件的具体情况,结合多种因素综合考量,逐案确定使用武力是否违反国际法,由此尽可能地限制强国突破“严格限制说”的冲动。

(二)“保护的责任”作为使用武力的依据

“保护的责任”指的是主权国家有责任保护本国国民免于可避免的人道主义灾难,当国家不愿或无力履行此项责任时,国际社会应承担起这项责任。实质上,“保护的责任”就是前文提到

^① Parliamentary Assembly Resolution 1832 (2011): *National sovereignty and statehood in contemporary international law: the need for clarification*, para. 5.1, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/tal1/ERES1832.htm> (last visited December 12, 2014).

的“人道主义干涉”的升级版。二者的思想渊源都是“义战”理论：格劳秀斯认为，为阻止一个国家虐待它自己的国民而诉诸战争，这属于义战；^① 劳特派特认为，当一个国家否认基本人权，以震惊人类良知的方式，实施迫害本国国民的残酷罪行，出于人道的考虑进行干涉是法律允许的。^② 当“人道主义干涉”和安理会决议相结合时，关于武力的使用问题倒没有太大的争议。90 年代在索马里、卢旺达和波斯尼亚进行的国际干涉，被认为是从国际习惯法的角度对人道主义干涉权某种程度上的承认。^③ 但脱离了安理会决议的“人道主义干涉”，比如 1999 年北约对前南斯拉夫联盟共和国进行的空袭，这样的武力使用则引发了广泛的争议。争议的焦点不仅是缺乏安理会决议的授权，还包括适用范围不明确、侵犯主权、双重标准等问题。尽管后来“人道主义干涉”被“保护的责任”所取代，但前者涉及的这些问题同样也是后者需要解决的。

从加拿大政府组建的“关于干涉和国家主权问题的国际委员会”2001 年出台《保护的责任》报告（The Responsibility to Protect, International Commission on Intervention and State Sovereignty），到联合国“应对威胁、挑战和改变”高级小组 2004 年的报告《更安定的世界：我们共同的责任》（A More Secure World: Our Shared Responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Changes），再到联合国秘书长 2005 年的报告《需要更大的自由：为了所有人的发展、稳定和人权》（In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, Report of the Secretary-General）和联合国大会高级会议文件《2005 年世界峰会成果》（2005 World Summit Outcome），以及 2009 年的联合国秘书长报告《落实保护的责任》（Implementing the Responsibility to Protect, Report of the Secretary-General），一系列的探索证明了“保护的责任”理论试图解决“人道主义干涉”所包含的问题，努力使之跻身正式的国际法规范之列。这些文件对“保护的责任”理论起到了充实的作用，某种程度上增加了理论的可操作性，比如明确了动武必须事先取得安理会授权，而且只能作为最后的手段（last resort）；适用“保护的责任”的人道主义危机限于种族灭绝、战争罪、反人类罪和种族清洗。但是，仍有相当多的问题未能解决。比如侵犯主权的问题，阿尔及利亚常驻联合国代表表示过这样的担忧：“我们会对任何侵犯主权的问题保持高度的敏感，不仅因为主权是我们对抗一个不平等的世界规则的最后武器，而且因为我们并没有参与到安理会的决议过程……”^④ 此外，当以侵犯主权为代价实施的人道主义保护未能实现预期的目标时，例如 2011 年安理会概括授权下的对利比亚进行的军事干预，使该国陷入内乱的深渊至今不能自拔，这相当于制造了新问题。还有双重标准的问题：一个常被引用的例子就是，对以色列 2009 年 1 月入侵加沙的行为，安理会未能采取行动。如果说北约空袭前南斯拉夫联盟共和国的行为从积极的方面体现了人道主义保护的双重标准，那么安理会对以色列入侵加沙的不作为就是从消极的方面再次证明了这一点。

笔者认为，对于“保护的责任”作为使用武力的一项理由，有其存在的合理性，但这种合

① Carsten Stahn, “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, (2007) 101 *American Journal of International Law* 99, p. 111.

② Carsten Stahn, “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, p. 113.

③ Spencer Zifcak, “The Responsibility to Protect”, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law* (New York: Oxford University Press, 3rd edn., 2010), p. 508.

④ Abdallah Baali, Permanent Representative of Algeria, Statement to the Informal Thematic Consultations of the General Assembly, to Discuss the Four Clusters Contained in the Secretary-General’s Report *In Larger Freedom*, Cluster III: Freedom to Live in Dignity, 19 April 2005.

理性远不能构成使用武力的充分理由。不管有没有安理会的概括授权，都应该针对案情的特殊性，结合之前提到过的诸多考量因素，在使用武力之前对动武的可行性、必要性和后果作出更全面的分析。不能为了解决眼前的问题而制造出更多的问题，比如为了解决卡扎菲的独裁暴政而使利比亚陷入长期的内乱状态。必须努力克服双重标准，不论是积极的，还是消极的。积极的双重标准就是使用武力保护一群人的同时无视对其他无辜者的伤害，比如北约空袭前南斯拉夫联盟共和国，保护了科索沃阿尔巴尼亚族人的同时造成了大量塞尔维亚族平民的伤亡。消极的双重标准就是在需要采取行动的时候不作为，比如在以色列入侵加沙时不采取行动制止。因此，笔者赞同国际法应当重视“保护的责任”这一理论研究，同时认为该理论远未成熟到可以视之为一项新的国际法规范的地步。

三 司法机构处理自决权争端的得失：比较与思考

加拿大最高法院和国际法院都曾就自决权争端发表过意见，相比之下，前者引发的争议较后者要小得多。因此，有必要分析和比较两法院在处理自决权争端时的闪光之处和败笔。这将为日后同类争端的妥善解决提供参考，减少裁判的争议性。

加拿大最高法院发表的意见之所以争议较小，主要包括两方面原因。其一是面对魁北克分离这一问题时，法院作出了比较全面的考虑，包括联邦主义、民主原则、立宪主义、法治原则、少数民族保护、国家承认等多个角度。尤其可贵的是，法院指出了：表现为民主权利的自决权不能与宪法义务相脱离——魁北克独立的愿望需要被尊重，但魁北克同样需要尊重其他省份和联邦政府，因此二者需要通过协商调和彼此之间的权利和义务。^① 个人认为，基于自决概念本身的复杂性和含糊性，尽可能地从多个角度理解和阐释相关的争议，平衡多方利益，这是完全必要的。否则很容易顾此失彼，引发更多的问题。特别值得一提的是，法院指出了一个常常被有意无意忽略的问题：自决权的实施者同样需要履行一定的义务。这是法院这份参考意见中尤其值得关注的闪光点。

其二，法院对自身在自决权争端中的定位是准确的：“本庭的任务是根据宪法厘清作出政治决定的法律框架，而非替代政治力量做决定……应由政治力量来判定在未来可能发生的公投中‘关于一个明确的问题的明显多数’（a clear majority on a clear question）的具体标准。同理，在证实了多数支持魁北克分离的情况下，由政治力量来确定协商的内容和流程。要调和（reconciliation）的各种宪法利益（constitutional interests）更多的属于政治范畴而非司法范畴（judicial realm），这是因为调和只有通过互相迁就（give and take）的政治协商才能实现。对于要在协商过程中解决的政治问题，基于自身在宪法体系中的定位，法院不应越俎代庖（have no supervisory role）”。^② 这种清醒的态度值得其他被卷入自决争端的法院借鉴：基于自决概念脱胎于政治主张并且与政治斗争高度关联的现实，任何法院在思考解决自决争端时，有必要将法律和政治结合起来考虑，从而明确法院自身的角色定位，避免因过分卷入政治争议而使自身的公信力受损。

^① Reference Re Secession of Quebec, p. 1376.

^② Reference Re Secession of Quebec, p. 1344.

遗憾的是,在科索沃问题上,国际法院没有借鉴加拿大最高法院的这一闪光点,未能恰当地定位自身在争端中所处的角色。这在法官们对该案的反对意见、独立意见和声明中多有体现。班诺那(Bennouna)法官认为:“本案中最关键的是保护法院使其免于被政治争端所利用,而不是去维护联合国主要政治机构(联大和安理会)之间的平衡……需要牢记,当法院被要求作出咨询意见,根据规约65条,它不必满足这一要求,如果它认为回答所提出的问题‘不符合法院的司法本质’(judicial character)”(《西撒哈拉咨询意见》,国际法院1975年报告,第25页,第33段);^①

“在科索沃案中,国际法院面对着一一种前所未有的情况,因为它被要求成为一个政治决策者,取代安理会的位置。换言之,通过要求它出具咨询意见,试图让它承担联合国政治机构——安理会尚未能履行的职能”;^②

“科索沃问题的当事方此前表示过,特别是当庭表示过,无论结果如何,都不会影响他们对独立宣言所持的立场。因此,咨询意见只是被当成一种论据,用在科索沃独立的支持者和反对者之间的政治争论中……法院在这场政治争辩中失去了一切(has everything to lose),没有做出任何实质性的贡献:既没有缓解单方独立宣言所造成的紧张形势,也没有澄清联合国对置于其管辖下的领土的职能和责任”;^③

“法院不能替代安理会履行责任,也不能为强势一方的既成事实的政策充当法律保证人(legal guarantor for a policy of *fait accompli*)。法院的任务就是清晰和独立的陈述法律,这是法院应当坚守的本分。这样法院才能在履行职责时享有公信力……”^④

此外,凯斯(Keith)法官认为“法院应当考虑,当某机构要求法院出具咨询意见,而该要求与《联合国宪章》下的另一个机构涉及某事项的专属职权的实施相关时,该机构的这种要求是否恰当”。^⑤

托姆加(Tomka)法官在他的声明里谈到:“因为联大提的这个问题,在安理会依然掌控着这个问题并未征求法院意见的时候,法院使自身陷入了安理会在这个问题上的僵局。随着法院多数意见的产生,法院站到了一方的立场上,本来它应该拒绝这么做的”。^⑥

已过世的前院长曼弗雷德·拉克斯(Manfred Lachs)在一个类似本案的、涉及安理会积极行使职权的案件中,睿智地观察到:“联合国有权作出具有约束力的决定的两个主要机构应当相互配合,尽管不一定能做到一致——但任何一方在履行自身职能处理某种情况或争端的某个方面时,不当有损于(prejudicing)解决同一争端的另一方行使职权,这对于联合国的宗旨和原则来说是十分重要的”;^⑦“对联大的提问,(法院的)多数意见给出的答案,有损于安理会仍需作出的、关于(独立)宣言是否符合第1244号决议和根据该决议产生的领土国际管辖制度的决定”。^⑧

显然,与加拿大最高法院相比,国际法院未能处理好法律和政治的关系。这是需要引以为戒的。自决权的争端,正如之前提到过的,是法律和政治交织的问题,法院只能解决涉及法律的那

① Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, paras. 3-4.

② Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, para. 7.

③ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, paras. 21-22.

④ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Dissenting Opinion of Judge Bennouna, para. 25.

⑤ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Separate Opinion of Judge Keith, para. 6.

⑥ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Vice-President Tomka, para. 6.

⑦ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Vice-President Tomka, para. 7.

⑧ Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Vice-President Tomka, para. 8.

一部分。否则，越俎代庖地介入了属于政治的那一部分，必然会引发其他的问题。除了法院本身的职权和公信力受损之外，更是为争端的解决制造了新的障碍：法院在政治问题上的站队会对争端双方的平等协商形成干扰。

除了未能处理好法律和政治的关系，国际法院在解读领土完整原则时还出现了逻辑性错误。法院声称：“领土完整原则的适用范围限于国与国之间的关系”，^① 因此，法庭不认为领土完整原则包含禁止单方宣布独立的意思。法院此刻的逻辑是：因为领土完整原则的适用范围限于国与国之间的关系，而塞尔维亚和科索沃之间不属于国与国之间的关系，所以塞尔维亚不能以领土完整原则为由禁止科索沃单方宣布独立。这种推理的逻辑矛盾在于：当法庭认为塞尔维亚和科索沃之间不属于国与国之间的关系时，这其实就是否定了科索沃独立宣言的效力；然而法庭又认为塞尔维亚不能以领土完整原则为由禁止科索沃单方宣布独立，这其实又是对科索沃独立宣言效力的某种肯定。因此，对“领土完整原则是否包含禁止单方独立宣言的意思”这一问题，法院实际上没有给出明确的答复。笔者认为，法院并非没有意识到这个明显的逻辑错误，只是无法避免而已。因为对联大提出的问题执意采取狭义解释，回避对自决权和领土主权关系的探讨，法院根本不可能作出逻辑清晰、说服力强的答复，这其实才是《科索沃咨询意见》最大的问题。

综上所述，当司法机构面对自决权争端的时候，需要对自身做出正确的定位：对于自决这种法律和政治复合型的问题，法院需坚持政治中立的态度，避免因政治站队而导致判断失误、公信力受损。同时，思考解决自决权的问题需要对国际法的发展有客观准确的认识，并具有广阔的视野，将所有相关问题一并纳入考虑，以免顾此失彼。

An Analysis of Self-Determination Disputes from Perspectives of International Law

Lu Jing

Abstract: The self-determination theory has been subject to numerous controversies ever since its birth. Nevertheless, it is undoubted that the right to self-determination cannot be understood as a right to unilateral secession under international law; the right to self-determination might conflict with state sovereignty, which should be settled by negotiation; remedial secession favors the right to self-determination to the prejudice of state sovereignty, and this viewpoint is legally ill-founded. Disputes of the right to self-determination tend to involve armed conflicts, and neither the facilitation of the right to self-determination nor the responsibility to protect can offer a solid legal ground for military intervention. When being confronted with self-determination disputes, judicial organs should bear in mind its function and distinguish legal issues from political issues lest its credibility be undermined due to its improper involvement in political controversies.

Keywords: Self-determination, State Sovereignty, Military Intervention, Dispute Settlement

（责任编辑：罗欢欣）

^① Kosovo Advisory Opinion of 22 July 2010, para. 80.