

国际法院“威胁使用或使用核武器的合法性”咨询意见案评析

尹海新*

摘要：2014年4月24日，马绍尔群岛共和国在国际法院提起针对九个国家（按英文字母先后顺序排列：中国、朝鲜、法国，印度、以色列、巴基斯坦、俄罗斯、英国和美国）的诉讼程序，诉称这些国家违反有关停止核军备竞赛以及核裁军方面的义务。与本案所涉及的核武器问题相关，国际法院曾于1996年就“威胁使用或使用核武器的合法性”问题发表过咨询意见。该咨询意见本身以及围绕咨询意见的各种不同意见，可以归结为两点：即国际法是否是完整的以及国际法院是否可以在具体的案件中宣称“法律不明”。围绕这两个基本问题的探讨，又密切地关联到其他几个重要的国际法学理论，包括国际法的自我修复机制、一般法律原则、国际法院的职能等。回顾和分析这一案件及其所涉理论问题对新近发生的类似案件具有重要的参考意义。

关键词：国际法院 核武器咨询案 法律不明 国际法完整性 一般法律原则

引言

2014年4月24日，马绍尔群岛共和国在国际法院提起针对中国、朝鲜、法国，印度、以色列、巴基斯坦、俄罗斯、英国和美国等9国的诉讼程序，诉称它们违反在停止核军备竞赛以及核裁军方面的义务。^① 该案势必引起国际社会对与核武器相关的国际法问题进行新的讨论，国际法院亦将再次检验有关核武器方面的国际法特别是习惯法。^② 与该案相关，国际法院曾于1996年根据联合国大会的请求，就“国际法是否允许在任何情况下以核武器相威胁或使用核武器”问题

* 复旦大学法学院国际公法专业博士生。

① 马绍尔此次在国际法院采取的诉讼策略有其独特之处：（1）其采取的是“打包式”诉讼，把拥有核武器的所有国家都起诉了；（2）其同时还采取了“分类式”诉讼，将被诉的九个国家分为两类：一类是已经明确宣布接受国际法院的任择性强制管辖权的，这类国家包括英国、印度和巴基斯坦，该三国的案件被正式列入一般诉讼列表中。另一类是国际法院在当前阶段并不拥有管辖权、需等相关国家明确表示愿意接受国际法院管辖之后才有权管辖的国家，这类国家包括美国、法国、俄罗斯、中国、以色列和朝鲜。针对该类国家的诉讼申请书已经传达给各国政府，除非这些国家明确接受国际法院的管辖权，否则针对它们的案件将不被列入一般诉讼列表中。参见 <http://www.icj-cij.org/presscom/files/0/18300.pdf>，最后访问时间：2014年6月16日。

② 就该案而言，由于巴基斯坦、印度、以色列和朝鲜不是《核不扩散条约》的成员国，国际法院应会针对马绍尔的主张，检验《核不扩散条约》第6条所规定的各项义务是否已经形成习惯国际法。

发表过咨询意见。^① 由于1996年咨询意见案所涉事项的高度政治敏感性,案件的处理过程自始至终掺杂了各种复杂的因素,^② 国际法院的咨询意见也引起了很大的争议,该咨询意见对探讨新近的核武器问题案件有着重要的借鉴作用。^③ 关于1996年咨询意见,国内外学者曾从不同角度做过评述。^④ 学界们关注的诸多问题中,国际法的两个基本理论问题尤其突出:一是国际法体系是完整的吗?二是国际法院可以在案件中宣称“法律不明”(non-liquet)吗?这两个问题又涉及到国际法的自我修复机制、一般法律原则、国际法院的职能等重要问题。本文拟结合相关国际法理论与实践,对这些问题作逐一探讨。

一 国际法的完整性

1996年咨询意见直接涉及到国际法体系的完整性问题。在执行部分的(2)E段,国际法院指出,鉴于国际法的现状,它不能确定地断定,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。^⑤

这一结论引起了巨大的反响。国际法院未明确断定威胁使用和使用核武器的法律地位,使得人们对核武器的巨大杀伤力及其灾难性后果难免表示担忧。一直以来为众多学者所主张的“国际法体系完整”的观点,同时亦是国际法院以及其他国际裁决机构实践中的常例做法(下文中将会述及),在本咨询意见中没有被国际法院再次确认。相反,国际法院“正式表明了法律上不确定的现状”。^⑥

① 在此案之前,国际法院曾以不属于其职权范围为由,拒绝世界卫生组织就国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题发表咨询意见的请求;参见 <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=09&case=93&code=anw&p3=4>,最后访问时间:2014年6月16日。

② 大体上,可以将这些因素归结为两个方面:第一方面是国际法学理论上的因素,比如对国际法体系完整理论的坚持、对习惯国际法形成标准的考量、对一般法律原则所应有的作用的识别、以及对一些具体问题的定性(诸如咨询案件是否适用禁止宣称“法律不明”,政治因素的影响)等;第二个方面是国际社会现实的因素,比如对核威慑政策的作用之肯定与否、拥核国对国际社会的巨大影响力,其中包括对国际法院的影响力,因为众所周知,国际法院无论是从财政来源还是在法官任免上都依赖于联合国——尤其是由咨询意见案处理当时的主要核武器拥有国所组成的安理会。

③ 参见 <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&case=95&code=unan&p3=4>,最后访问时间:2014年6月16日。

④ 例如参见 Prosper Weil, “‘The Court Cannot Conclude Definitively...’ Non Liquet Revisited”, (1997) 36 *Columbia Journal of Transnational Law* 109, p. 109; Timothy L. H. McCormack, “A non liquet on nuclear weapons-The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law”, (1997) 316 *International Review of the Red Cross* 76, pp. 76-91; Luigi Condorelli, “Nuclear weapons: a weighty matter for the International Court of Justice”, (1997) 316 *International Review of the Red Cross* 9, pp. 9-20; 宋杰:《“国家在战争或武装冲突中使用核武器的合法性问题咨询意见案”述评》,载《武大国际法评论》2007年第2期,第273-289页;朱江明:《国际法院关于核武器使用合法性研究》,载《理论界》2011年第4期,第202-204页。

⑤ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 105.

⑥ Declaration of President Bedjaoui, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 274.

国际法院咨询意见的这一点成为众矢之的，很多国际法学者都对此提出了批评。^① 甚至在国际法院内部，对咨询意见的不同意见亦是十分明显。^②

国际法律体系到底是完整的，还是在具体的国际案件中或许会呈现出无法可依的状态？这不仅是国际法实践中需要解决的一个难题，也是国际法理论领域的一个重要问题。

（一）法理传统及分歧

法律体系的完整性理论是一个很古老的命题，渊源于自然法学传统。自然法学派的学者们一直都用“法则天存”（即法律是天然存在的）的观点来解释和维护法律的完整性理论。发展到近代，凯尔森（Hans Kelsen）提出了“纯粹法学”的理论，是20世纪初以来主张国际法完整的一个重要理论根基。从凯尔森以后的很多有名的国际法学者，^③ 以及多位国际法院（包括前常设国际法院）法官都沿用或借鉴凯尔森的理论，坚持国际法是完整的，能为主权国家间的任何争端提出法律解决方案。他们当中，尤其突出的要算国际法院前法官劳特派特（H. Lauterpacht）。

在《法律在国际社会中的职能》（1933年）一书中，劳特派特先生讨论了法律的完整性问题，他认为“法律规则的完整性……，是每个法律体系的一种优先的假定，……法律体系作为一个整体并没有缺漏”。^④ 在著名的《关于禁止宣称“法律不明”以及法律的完整性的几点思考》（1958年）一文中，劳特派特先生进一步讨论了国际法体系的完整性问题，并提出了保障国际法体系完整的两种途径：第一种，用他自己的话说，是“若果有必要，总会有一种规则或者原则，能被适用于主权国家间的争端”；第二种，是强调法律秩序本身的完整性是一个“不证自明”法律原则，即否认法律会存在漏洞。^⑤

另一个坚持主张国际法体系的完整性的学者是法国的威尔教授（Prosper Weil），他也提出了与劳特派特先生相似的解决国际法体系完整性问题的思路，即一是在承认国际法存在漏洞的同时，坚持国际法体系本身有自动填补漏洞的机制；二是坚持国际法没有存在漏洞的可能，因为国际法体系在逻辑上是完整的。^⑥

总的来说，国际法体系完整性理论认为，国际法在体系上是完整的，即使在某些具体的问题上未有详实的规定，国际法体系本身也有适当且足够的制度来予以弥补，从而保证国际法完整的

① 可以见于以下几个例子：（1）“无疑这个不予给出明确意见的结论将会受到批评……没有律师会愿意接受国际法会面对无论任何问题（特别是如此重要的问题）时没有答案，因而国际法院无法给出确定意见。”参见 Prosper Weil, “‘The Court Cannot Conclude Definitively…’ *Non Liqueur* Revisited”, p. 110.（2）“国际法院的这个关于威胁或使用核武器的合法性的咨询意见如果不是完全不能接受的话也是有些让人失望的。”参见 Timothy L. H. McCormack, “A *non liquet* on nuclear weapons-The ICJ avoids the application of general principles of international humanitarian law”, p. 76.（3）“很容易能找到对国际法院在1996年7月8日发表的‘关于威胁使用或使用核武器的合法性问题’咨询意见的不屑观点，无需费力，只需要在（该案中各法官的单独声明、个别意见或不同意见中）众多的而且时常是严厉的批评中选一个即可。”参见 Luigi Condorelli, “Nuclear weapons; a weighty matter for the International Court of Justice”, p. 9.

② 国际法院在表决执行部分的（2）E段时是7票对7票，最后以贝贾维院长的决定票通过。

③ 比如威尔教授认为：国际法庭特别是国际法院，以及学者们对法律不明的敏感是一个广为人知的现象，主导性的意见认为国际裁判中不存在法律不明，因为国际法不存在空隙。参见 Prosper Weil, “‘The Court Cannot Conclude Definitively…’ *Non Liqueur* Revisited”, p. 111.

④ H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford: The Clarendon Press, 1933), p. 64.

⑤ H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of ‘non liquet’ and the Completeness of the Law”, in Martti Koskeniemi (ed.), *Sources of International Law* (Aldershot: Ashgate & Dartmouth, 2000), p. 442.

⑥ Prosper Weil, “‘The Court Cannot Conclude Definitively…’ *Non Liqueur* Revisited”, p. 111.

状态。所以,国际法在体系上不存在不可补救的漏洞。

除了劳特派特以外,许多位国际法院(包括前常设国际法院)的法官都曾经在具体的案件中表现出了对国际法体系完整的理论的支持。比如“荷花号”(The Lotus)案中的法官们,还比如参与本咨询案件的多位法官,也在他们的个别或反对意见中表明了对国际法律体系完整性的支持,典型的例子是沙哈布丁(Shahabuddeen)法官,他在反对意见中明确表示不同意法律中存在不足的观点,认为有足够的法律和事实根据使得法院能够就大会的咨询给出确切意见。^①

在众多主张国际法在体系上是完整的观点之同时,指出国际法是存在漏洞的并且法院应该承认这种漏洞、甚至宣称“法律不明”的观点亦并不鲜见。本案中投票赞成执行部分(2)E段的几位法官就是例子。与劳特派特先生同时代的斯通教授(J. Stone),曾在《国际冲突的法律控制》一文中指出,在缺乏国际立法机构的情况下,根据国际法律秩序完整性(为基础)作出裁决将有失于满足“对人的道德和理性判断的内在诉求……”。^②斯通教授的观点主要是以国际法缺乏立法机构为前提的,这与其他反对主张国际法完整的学者们的观点相近。他们多从实在法的角度出发,利用国际法不能像国内法那样有专门的立法机构来制定并及时完善法律的现实,尤其是利用国际社会中的政治对国际法的巨大影响,主张国际法并不能为所有的国际争端提供解决方案。此外,他们时常将主张国际法完整与国际法万能论混为一谈。

(二) 国际法体系完整与国际法万能论

不可否认,国际法不是万能的,主张国际法万能论并不是一个理智的做法。但是,主张国际法在体系上是完整的并不等于主张国际法就是万能的。事实上,很少有学者(即使像劳特派特这样始终坚持国际法完整的学者)也不会主张所有的国际问题都采用法律的途径解决,法律以外的方法从一开始便是十分重要的解决国际争端的途径,比如政治(外交)的、经济的、文化交流的,还有(即便我们不会乐意去承认)军事的途径等。它们在国际交往中发挥的作用是非常重要的,没有人会忽视这一点。况且,无论从纵向(历史)或是从横向(各国)去探索,人类从来没有期待法律成为解决争端的唯一方式,而仅仅是希望它作为一种更为可靠的解决问题的途径而已。坚持国际法体系完整的出发点仅仅在于:维护一种国际社会皆可依赖以友好交往、共同发展的法律秩序,一种“法网恢恢,疏而不漏”的法律状态。

特别需要澄清的是,主张国际法完整并不等于否认国际法本身存在不足,这种不足不是不可补救的。承认国际法有不足的地方与国际法的完整性并不矛盾。任何事物都处在一个发展的过程当中,国际法如同国内法以及其他自然事物一样,在不断的自我修补中向前发展。主张国际法完整不是说国际法就已经完美无暇和不受批评。理由简单得就像,一个带病的人仍然是一个完整的个体。故而,国际法在体系上是完整的。

(三) 可裁决性问题

国际法体系完整理论,常常还涉及到某一争端是否具有“可裁决性”(justiciability)的问

① Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 428.

② Professor J. Stone, *Legal controls of international conflict* (New York: Rinehart & Company, 1954), p. 164.

题。早在 19 世纪时，瓦特尔（Vattel）最先将不可裁决争端的学说（doctrine of non-justiciable disputes）引入国际法，当时国家主权的观念处于历史的高峰，流行的观点主张国际司法职能有限论，认为有些争议尤其是涉及到国家关键利益的争议是无法通过适用公认的国际法规则来解决的。由此，“可裁决性”问题成为国际法领域的一个内容，一般来说，“可裁决性”问题涉及两个方面：

首先是存在可作为起诉和辩护的根据之法律，这个方面在国际法尚处于形成、发展阶段的 19 世纪显得比较突出。但是，第二次世界大战以后，随着国际法体系日渐成熟，特别是一般法律原则已经明确列入《国际法院规约》第 38 条，国际法院可以据此作为判案的依据，这个方面的问题应该说退于次要了。国际法院成立以来的实践正印证了这一点，从来没有出现国际法院认为国际法缺乏相应规则而使得某一争端不具有可裁决性的情形，而本案的情形仅仅是由于国际法的不明确，国际法院没有给出确定结论的咨询意见。

其次，也是最重要的一个方面，是对争端所涉及的问题究竟属于法律性问题还是政治性问题的定性。^① 按照《国际法院规约》第 36 条第 2 款以及第 65 条第 1 款，如果一个问题被定性为“政治问题”，那么它的可裁决性就会引起争议，否定的观点认为，这样的问题不属于国际法可以解决的领域。国际法体系完整的理论在这里会受到挑战。“政治性问题”和“法律性问题”的区分，是十分有争议的，模糊的状态引起了不确定性。尽管《国际法院规约》有上述规定，但是在实践中，国际法院面对此类问题时却是倾向于认为其有管辖权。国际法院一再指出，一个事项具有政治因素这一事实，不足以使它失去作为“法律问题”的性质，^② 而且不足以“剥夺国际法院由其规约明确授予的权限”。^③

在本案中，国际法院指出：“促成请求的动机的政治性，或发表的咨询意见可能具有的政治影响，同确定国际法院发表此种意见的管辖权没有关系。”^④ 在这一点上，国际法院的做法和它以前的惯例是一致的。正如一句古老的罗马谚语所言“哪里有交往，哪里就有法律”。国际事项，无论是任何事项，其实质都不外乎是国际社会间的交往，无论是政治性、还是经济性、或是文化性的外衣，都不影响它可以作为法律问题的事情。没有问题是纯政治性质的，或纯经济性质的，它们都可以通过法律途径得到定性。

（四）国际裁决机构的角色问题

本案中，国际法院得出“国际法现状不能确定在自卫的极端情形下，威胁使用或使用核武器是否合法”这样的结论的一个重要原因，是国际法院一再强调“本院不能制定法律”。^⑤ 按照《联合国宪章》以及《国际法院规约》本身，乃至几十年来的事实，国际法院确实不是一个有着立法职能的机构。处理案件的裁决机构、甚至是具体处理案件的法官的角色定位是国际法完整性

① H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, pp. 7, 139.

② 关于“法律问题”，国际法院在 1975 年的西撒哈拉咨询案中述及：“以法律措词表述和提出国际法问题的问题……根据其本身的性质是可以得到以法律为基础的答复的……是法律性质的问题。”参见：*Western Sahara*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, para. 15.

③ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 13.

④ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 13.

⑤ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 18.

理论涉及到的另一个重要问题。

国际法院在本案中的决定仍然是存在争议的,因为利用一般法律原则来判决具体的案件不仅是司法实践中的通行做法,也是《国际法院规约》本身列明了的可用途径之一;而且,正如劳特派特曾经指出:“在解释和适用具体的法律规则过程中,法院不会完全脱离国际社会的社会和政治现实,充当一架自动的判决机。它在每个案件中都发挥创造性活动。这是国际法的完整性和国际社会的必要性的基础。”^①劳特派特所说的创造性活动,不是充当立法者,而只是解释和适用相关的法律原则,是一个适用法律的过程。所以,国际法院求助于一般法律原则来就本案中的问题发表确定的咨询意见,无论其结论是肯定性的还是否定性的,都不属于立法的范畴。

另外,还有学者就保障国际法院不致面临“法律不明”的困境,提出了相应的办法,例如,威尔教授就曾指出,国际法体系有一个自我修复的机制,这个机制“有一个简单的名字——法律的发展。对现行法的发展并不意味着执行立法职能,发展法律是司法的固有职权”。^②国际法院前法官菲茨莫里斯(G. Fitzmaurice)在1970年的巴塞罗那电力公司案的个别意见中也曾经指出:“国际法必须被认作为是处于发展过程中的。”^③即是说,如果在适用国际法的过程中发现现行国际法中存在不足的情况,国际法院可以用发展国际法的理论来填补。而这样一种做法,按照麦克奈尔(John H. McNeill)的提法,国际法院的角色是法律确认者,甚或是适用者,^④从而避开了不是立法者的困境。所以,国际裁决机构的角色问题不应该阻碍其对某一具体的案件作出明确的决定。

综上所述,关于本案,学者们有大量的关于国际法体系完整性的论述。总的来看,对国际法体系完整的观点持否定态度的学者皆从实证的立场维护自己的主张,而更多的学者倾向于赞同国际法体系完整的观点。笔者认为,理论上,国际法律体系应该是完整的,国际法体系的完整是国际法的应然状态,亦无疑是国际法理论以及实践领域必然的价值取向。至于实际上国际法是否确实存在漏洞或不明朗的状态,不应该是一个值得浪费大量时间去纠缠不清的问题。承认国际法存在漏洞或不确定的状态,并不妨碍可以同时通过国际法体系本身的机制,^⑤去填补所谓不确定的地方,从而达到国际法体系完整的目的。在国际法体系完整的基础上,某一具体问题的任何特性都不影响其在法律上的可裁决性,国际裁决机构的职能缺陷亦能在国际法体系本身中找到救济。

二 禁止宣称“法律不明”

本咨询意见案是国际法院实践中典型的关于“法律不明”问题的案件。“它在某种程度上有逆于国际法院和其他国际法庭在过去的判例中对此理论(指“法律不明”,作者注)一贯保持沉默之势”;“法律不明”意指法律规定不清楚,在本咨询案件之前,国际法庭从未在案件中承认

① H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International community*, pp. 319–320.

② Prosper Weil, “‘The Court Cannot Conclude Definitively…’ *Non Liquet* Revisited”, p. 111.

③ Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, I. C. J. Reports 1970, p. 78.

④ John H. McNeill, “The International Court of Justice Advisory Opinion in the Nuclear Weapons Cases—A first appraisal”, (1997) 316 *International Review of the Red Cross* 103, pp. 103–117.

⑤ 从一定程度上讲,《常设国际法院规约》第38条和《国际法院规约》第38条都确认了这种机制。

“法律不明”这一事实的存在。^① 问题是,在面临“法律不明”的情况时,法院应该如何作出抉择,从现今的视角来看有两种:第一是宣布“法律不明”,如本咨询意见案。这种路径可以解释为“当法律系统存在规则的缺陷时,恰好是这种缺陷提供了解决问题的答案”。^② 第二是在面临缺乏具体的法律规则时,法院仍然给出确定性的裁决或者咨询意见。如“荷花号”案和“科索沃单方面宣布独立的合法性”咨询案(下文将会进一步论述)。

法律不明和国际法体系的完整性是同一事物的两个方面,是对立存在的统一。主张国际法体系完整,往往是同禁止宣称“法律不明”相提并论的。

(一) 概念及理论背景

禁止宣称“法律不明”,是指国际法院(广泛地是指国际裁决机构)一定不得因法律不存在、或有争议、或不确定以及缺乏明确性而拒绝作出裁决。^③ 如前面所述,赞同国际法完整的学者们主张,国际法能为主权国家间产生的所有问题给出法律定性;国际裁决机构特别是国际法院应当对当事方诉请的事项,根据具体的规则或根据相关的法律原则,给出法律的定性,而不应该拒绝作出裁决,^④ 或是宣称法律不明。法律不明是与国际法完整的观点相悖的。

禁止宣称“法律不明”是坚持国际法体系完整理论的必然。此种观点的出现,是国际法学者们(其中最主要的是劳特派特)面对两次世界大战之间国际法屡遭破坏的现实,因应国际法上因为缺乏立法机构而极易产生的在具体案件中宣称“法律不明”的诱因之要求,和回应国际法理论领域出现的弱化国际法效力的观点,在常设国际法院和国际法院相继成立的背景之下,提出来旨在维护国际法的地位和强化国际法院的职能的一种方法。

该观点提出以后,在国际法理论和实践界都引起了热烈的讨论。在本咨询案件中就有多位法官引用了劳特派特的理论。

(二) 国际实践

禁止宣称“法律不明”提出之初,主要讨论的是(国际裁决机构审理)诉讼案件下的情形。至于咨询案件,劳特派特曾经认为情形稍有不同,但没有进一步展开论述。^⑤

有这样一种观点认为,“在咨询程序中,当法院发现法律漏洞或者是发现法律不完善时,它应该仅仅阐明这样的状况,而不是试图通过司法立法的途径去填补这种漏洞或者是发展法律。”^⑥ 首先,上文已经提及,法官根据国际法体系本身的完善机制来解决法律不完善的问题,并不需要进行司法立法的活动;其次,即使是咨询案件,禁止宣称“法律不明”也是适用的。发表法律

① 贾兵兵:《国际法中的“法律不明”问题浅析》,载《中国国际法年刊(2013)》,法律出版社2014年版,第75-76页。

② 贾兵兵:《国际法中的“法律不明”问题浅析》,第90-91页。

③ Iain G. M. Scobbie, “The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht’s Concept of the International Judicial Function”, (1997) 8 (2) *European Journal of International Law* 264, p. 274.

④ 拒绝作出裁决的一个重要理由是由于没有具体的法律规则可以引用而宣称当事方诉请的争议是非法律争议。参见H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of ‘non liquet’ and the Completeness of the Law”, p. 200.

⑤ H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of ‘non liquet’ and the Completeness of the Law”, p. 199.

⑥ Declaration of Judge Vereshchetin, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 280.

咨询意见是国际法院的一大职能,尽管所发表的咨询意见在大部分情况下并没有法律约束力,但是,由于国际法院所处的特殊地位,其所发表的咨询意见往往为国际社会所倚重,对国际法的发展也一直发挥着重要的作用。更为重要的是,咨询案件本身也是一个适用国际法的过程。从深层次来说,它应该符合法律运行的法理机制。从这一点而言,咨询案件和诉讼案件没有任何区别。在本案中,沙哈布丁法官指出:“(咨询意见应该明确威胁使用或使用核武器)是被禁止的抑或是被允许的,绝没有‘法律不明’存在的空间。”^①

除上述提及的例子以外,国际法实践中涉及到禁止宣称“法律不明”的案例还有:常设国际法院审理的“灯塔案”(Lighthouses between France and Greece),最终的结论是不要宣称法律上存在漏洞,而是求助于外来的证据。^②在“东北边界案”(North Eastern Boundary)案、^③“英挪渔业案”(Anglo-Norwegian Fisheries)以及“《种族灭绝公约》保留咨询案”(Advisory Opinion concerning the Reservations to the Genocide Convention)中,尽管都存在法律不清楚的情况,国际法院都没有宣称无现存的规则或原则。^④尤其是著名的“荷花号”案,常设国际法院在该案的推理过程一直为学者们以及国际法院的法官们广为引用。该案中,常设国际法院作了一个著名的推定,即如果国际法没有具体禁止一国实施某种行为,其有权实施此种行为。^⑤该推定的重要意义不是在于其内容本身,而是在于其逻辑,即国际法能给尚未有具体规范调整的事实给出法律上的定性。在1996年的咨询案件之后,国际法院还在2010年发表了关于“科索沃单方面宣布独立的合法性”咨询意见,该案是另一个与“法律不明”有关的著名案件。与1996年的咨询意见不同,国际法院在2010年的案件中给出了肯定性意见,即“科索沃在2008年2月17日发布的独立宣言没有违反国际法”,主要的原因之一是“普遍适用的国际法中不包含禁止独立宣言的原则”。^⑥这个案件可以说和“荷花号”案中的推定是有类似之处的。

(三) 理论的进一步发展

关于禁止宣称“法律不明”,杨泽伟教授称之为一种学说。^⑦但是,劳特派特所提出的禁止宣称“法律不明”,仍然不能称为一种学说。无论是劳特派特先生,还是他的支持者或反对者们,虽然曾经就该学说展开过多次讨论,这些讨论中也涉及了诸多的国际法理论问题,比如国际法体系的完整理论、国际法院的职能、法律的功能等;甚至可以说,他们的讨论是相当有推理过程以及符合逻辑的,但是,要称为学说,还缺少一个完整的理论系统。

这个理论系统首先应该是有层次性的:第一,对国际法的本质、国际法体系完整的理论的讨论排在顶层;其次是禁止宣称“法律不明”主张和一般法律原则;最下层是国际法院的职能和

① Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 390.

② P. C. I. J., Series A/B, No. 62, pp. 14, 20.

③ 作为仲裁员的荷兰国王威廉没有宣称法律不明,而是根据他认为最合适的途径来决定案情。

④ 分别参见(1) “Fisheries case (United Kingdom v. Norway)”, Judgment of December 18th, 1951, I. C. J. Reports 1951, p. 216; (2) *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1951, p. 15.

⑤ P. C. I. J., Series A, No. 10, pp. 30-31.

⑥ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2010, para. 84.

⑦ 杨泽伟:《国际法析论》,中国人民大学出版社2007年版,第311页。

国际法的自我完善机制。

由于该系统涉及的理论点众多而且都十分重要，每一个理论点本身亦仍然富含意见分歧，所以，第二步，就应该对这些复杂的理论问题进行梳理，使他们相互支撑。

再次，一个系统的研究过程和整理工作，是一个学说形成的先提条件。迄今为止，虽然已经有多位国际法学者（包括国际法院的法官）对这个理论提出了或赞同或否定的观点，但尚未有一篇文章甚或是一部专著系统地结合上述诸种理论论证这种主张。所以，由于篇幅的关系，本文暂不展开讨论。

禁止宣称“法律不明”，不仅是劳特派特根据国际法完整性的理论衍化出来的一个方法，亦是其对国际法实践的一个总结。劳特派特认为：“（尽管）国际条约法和习惯国际法有可能存在漏洞，但是（国际）法律体系作为一个整体不存在漏洞。”^①而本案中持不同意见的观点虽然并不否认国际法存在漏洞，但是他们认为，国际法院有义务去通过适用一般法律原则或者通过司法立法的方式填补这些漏洞。^②这样的观点，可以成为国际法完整理论自我完善机制的一个十分重要的内容。

三 一般法律原则

（一）案情及讨论

在本咨询意见案中，国际法院曾审查了适用于武装冲突中的人道主义法原则，并特别提到了“马斯顿条款”，确认其“是处理军事技术迅速发展的一個有效的手段”。^③并且，国际法院明确指出不能从中得出这样的结论：“适用于武装冲突的人道主义法的确立的原则和规则不适用于核武器。这种结论将不符合该法律原则内在的人道主义性质，这种性质渗透到了整个武装冲突法，而且适用于所有形式的战争和所有类型的武器，过去的武器，现在的武器和未来的武器。”^④

同时，国际法院确认人道主义法律文件中载有以下两条原则：一是旨在保护平民和民用目标并且区分战斗员和非战斗员，各国决不能将平民作为攻击的目标，因此决不能使用无法区分平民目标与军用目标的武器；二是禁止对战斗员造成不必要的痛苦，因此禁止使用对他们造成此种伤害或无谓地加重他们痛苦的武器。^⑤但是，国际法院最后的结论却有国际法的现状不能确定在自卫的极端情况下，以核武器相威胁或使用核武器是合法还是非法这一点。故而难免有观点质疑，国际法院的司法结论实际上是否前后矛盾。^⑥

① H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 64.

② Declaration of Judge Vereshchetin, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 279.

③ 该条款最早载于1899年《关于陆战法规和习惯的海牙第二公约》序言部分，它的现代版本写进1977年《第一附加议定书》第一条第二款中。该条款如下：在本议定书或其他国际协定未覆盖的情况下，平民和战斗员仍受到来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和管辖。

④ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 86.

⑤ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 78.

⑥ Separate Opinion of Judge Ranjeva, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 300.

国际法院的推理过程是：由于人道主义法的广泛编纂和由此缔结的条约得到各国的普遍加入，以及绝大多数的国家和学者都认为，人道主义法对核武器的适用性是不容置疑的，国际法院同意这样的观点。但是，国际法院认为，从这项适用性得出的结论却有争议，^①而且国际法院指出：不能罔顾每一国家求生存的基本权利，不能忽略国家在生死存亡关头根据《联合国宪章》第51条行使自卫的权利，也不能忽视国际社会中有相当多的国家多年来所遵循的所谓“（核）威慑政策”的做法。^②进而，国际法院在执行部分的（2）E段的结论是，一方面，以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法的规定，尤其是国际人道主义法的原则和规则的规定；另一方面，鉴于国际法现状及其所掌握的种种事实，它无法确定地断定，一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器，究竟合法还是非法。

批评的意见有两个方面，一个是沙哈布丁法官在他的反对意见中所说的“国际法原则应该同样可以从人道主义法原则以及对公义的解释中充分获得”。^③另一个是国际法院本可以像常设国际法院在“荷花号”案中的那样，利用“剩余规则”^④作出明确的断定。但是国际法院没有沿用其前身以及其成立以来的做法，而是宣布了国际法现状存在不明朗的状态。

综上，虽然国际法院在本案中考量了法律原则的事实是明确的。但是，国际法院并没有充分利用法律原则，而是作出了一个模棱两可的结论。要对这个问题作深层次的理解，有必要对一般法律原则涉及的问题进行一些透析。

（二）一般法律原则的法律地位问题

在国际法层面的实践中，早在《常设国际法院规约》以前，运用一般法律原则来解决成文法不足的问题是已经确立起来的统一的做法。劳特派特认为：“（把一般法律原则纳入《国际法院规约》）不过是对先前实践的宣告”。^⑤一般法律原则先后载入《常设国际法院规约》第38条和《国际法院规约》第38条。根据意大利法学家、前常设国际法院法官安齐洛蒂（Dionisio Anzilotti）的说法，是因为考虑到避免国际法院因为可适用的法律的缺失而被迫宣称“法律不明”而设立的。^⑥所以，可以说，《常设国际法院规约》第38条以及《国际法院规约》第38条都只不过是对于早前业已成为持续存在的习惯做法的确认，是一个有着深厚的实践根基的做法，并不是权宜之计。

无论怎样，单就被列位于《国际法院规约》的事实本身，一般法律原则成为国际法院判案的依据是确定无疑的。

① 国际法院在咨询意见第91段和92段分别列举了两种不同的观点。一是核武器的使用必须遵守武装冲突的法规，并受这种法规的管制，但这并不一定表示核武器的使用本身受到禁止；二是使用核武器绝对不可能符合人道主义法的原则和规则，因此应予禁止。

② *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, paras. 74 – 97.

③ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 406.

④ “Residual negative principle”，即没有被法律禁止的国家行为是法律允许的行为。

⑤ H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of ‘non liquet’ and the Completeness of the Law”, pp. 205 – 206.

⑥ Anzilotti, *cours de droit international* (translated from Italian, 1929), cited in H. Lauterpacht, “Some Observations on the Prohibition of ‘non liquet’ and the Completeness of the Law”, p. 205.

关于一般法律原则的实质的识别，是一个需要事先解决的十分重要的基础性问题。《国际法院规约》第38条所宣称的“一般法律原则为文明各国所承认者”，应当是属于自然法的范畴，正如劳特派特所说的那样：“《规约》（此处指《常设国际法院规约》，作者注）所宣称的‘一般法律原则为文明各国所承认者’，在某种程度上是现代意义上的自然法，是国际法的主要渊源，其在本质上是自然法。”^① 自然法，按照传统的观点，是一种天然存在的恒定法则，不以法律关系主体的意志为转移，而且不证自明。

如果将一般法律原则识别为实在法规则，是否能够合理成立呢？这是一个问题。但是，既然法律原则是一种普遍适用的法则，而实在法多是明确表明某一情况下某一法律实体的权利义务的规则，如果将法律原则识别为实在法，那么恐怕会与其作为法律原则的意旨相左。

（三）一般法律原则的作用

《常设国际法院规约》第38条和《国际法院规约》第38条所列的一般法律原则，其重要作用主要在于填补条约和习惯国际法的不足，具体上是避免国际法院因为可使用的法律的缺失而被迫宣称“法律不明”。

在以往的实践中，国际法院适用一般法律原则的案例，按照两位著名学者（一个是王铁崖先生，另一个是伊恩·布朗利先生）的观点是“少”。鉴于国际法院及其前身常设国际法院所处理过的案件从数量上而言并不是很多，伊恩·布朗利先生所列举的例子的数量并不是零丁难觅。^② 从比例上而言，这个“少”是有疑问的。此处先不谈论其多或少的问题。我们至少可以通过以下几个例子来理解一般法律原则的作用：在德国和瑞士之间、美国 and 英国之间的仲裁条约都分别有规定：“仲裁庭可以根据其认为有效的国际法原则作出裁决。”^③ 在“马弗若麦蒂斯巴勒斯坦特许案（Mavrommatis Palestine Concessions）”中，常设国际法院指出：“法院因此得以自由采用它认为最适宜保障公平，最适合于当前的程序和最符合国际法的基本原则的原则”。^④ 在法国与委内瑞拉之间的“法比亚尼案”中，仲裁员求援于一般法律原则。常设仲裁院也在“俄罗斯赔偿案”中，适用了债务延期支付利息原则等。^⑤

其实，单单从一般法律原则被国际裁决机构特别是国际法院引用来解决具体案件的数量来衡量其重要性是不公平的。除了被援用来解决具体的案件外，一般法律原则最重要的作用体现在其对国际社会秩序的匡扶，这种匡扶首先体现在国际社会对其的确认和尊重。

而且，十分重要的是，一般法律原则起到了从结构上保障国际法律体系完整的重要作用。因为当国际裁判机构无法找到条约或者习惯法作为适用法时，它可以运用一般法律原则来弥补条约和习惯法的不足。我们很难想象，一个只有对策（即具体的约章和/或习惯规则），而没有原则的国际社会。

① H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, p. 57.

② [英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社2007年版，第11-12页。

③ 分别参见“Treaty of Arbitration and Conciliation (Germany-Switzerland)”，signed at December 3rd, 1921；“The British-American Claims Arbitral Tribunal under the Convention of 1910”，Article 7.

④ P. I. C. J. Series A, No. 2, p. 16.

⑤ [英] 伊恩·布朗利：《国际公法原理》，第11页。

四 结论

纵观题述咨询意见本身及其引起的争议,总的来说,各种批评意见所指向的不仅仅是,在众多可用的法律原则特别是人道主义法原则面前,国际法院怠于确认威胁使用或使用核武器违反现行的法律原则,以及,在国际惯例皆摒弃大规模杀伤性武器的背景下,国际法院仍然坚持认为“大规模毁灭性武器由具体的法律文件(specific instruments)宣布为非法”,^①从而得出本咨询意见中的结论。批评意见所指向的还在于,咨询意见的结论所表现的国际法院的态度是消极地对待国际法。

题述咨询意见所涉及的问题,都是国际法理论十分重要但一直存在不少争议的领域。就国际法的完整性而言,国际法在体系上是完整的是国际法的应然状态,亦无疑是国际法理论以及实践领域必然的价值取向。劳特派特和他的支持者们主张的国际法完整理论由两个层面构成:首先是肯定国际法体系的完整性,否认国际法在体系上存在空隙;其次是即使承认存在不明确的地方,国际法体系本身有可用的自我修复机制以保障国际法的完整性。这样的主张,在理论上,以及在实践中都具有十分重要的意义。

“法律不明”是与国际法完整相对立的事实的一面,本咨询意见案是国际法院实践中典型的关于“法律不明”问题的案件,而禁止宣称“法律不明”,是一个渊源于国内法的理论,不仅是一个根据国际法完整性理论衍化出来的方法,亦是对大多数情况下国际法庭之实践的一个总结,尽管仍然存在不同意见,它在国际法实践领域中的地位,特别是针对国际法的价值和发挥国际法庭的职能,是有价值的。

一般法律原则,是既确定(从列位于《国际法院规约》而言)又极容易引起争议的问题,围绕其的争议主要是源于其难以确定的特质。把一般法律原则纳入《国际法院规约》,是对业已成为持续存在的习惯做法的确认,是一个有着深厚的实践根基的做法。一般法律原则的重要作用主要在于填补条约和习惯国际法的不足,从而使国际法在面对各种问题时始终能从法律上给出结论,而且,国际社会历来对一般法律原则谨遵慎行。

Review on the ICJ's Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons

Yin Haixin

Abstract: On April 24, 2014, the Republic of the Marshall Islands initiated legal proceedings in the International Court of Justice, against nine States (in alphabetical order: China, the Democratic People's Republic of Korea, France, India, Israel, Pakistan, the Russian Federation, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America), asserting that they had not fulfilled

^① 在国际法院看来,不能认为核武器的使用是在1899年《第二次海牙宣言》、1907年《第四海牙公约》所附条例或《1925年日内瓦协定书》的某些条款的基础上是被具体禁止的。直到目前(发表咨询意见当时,作者注)为止的模式是大规模毁灭性武器由具体的文书宣布为非法。*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, para. 57.

their obligations with respect to the cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament. As to the issue of nuclear weapon, the International Court of Justice handed down an important advisory opinion in 1996 on the question concerning the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. The advisory opinion itself and the various arguments surrounding it, come down to two basic matters: one is whether international law is a complete system, the other one is whether the International Court of Justice could pronounce “*non-liquet*” in a particular case. Based on these two basic problems, several important theoretical issues of international law are involved, i. e. built-in mechanism (to fill gaps automatically) of international law system, general principles of law, the functions of International Court of Justice, etc. This paper is planning to analyze these issues based upon the advisory opinion.

Keywords: the International Court of Justice, Nuclear Weapon Advisory Opinion, *Non-liquet*, the Comprehensiveness of International Law, General Principles of Law

(责任编辑:)