

在政治与伦理之间:本体维度的国际法

何志鹏

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

[摘要] 国际法性质的认定对于探究国际法理论与实践操作均有重要的指导意义。奥斯丁认为国际法不是“真正意义上的法”而仅是“实证道德”的观点引起了长期的争论,这恰恰揭示了问题界定本身的不正确性,正确的问题应当是“国际法是什么法”。为了解国际法的性质,有必要分析国际法规范的具体运行。在这一问题上,自然法学派、实证法学派、现实主义、自由主义和建构主义的国际关系理论给出了不同的解读。同时,观察和比较国际法与国际政治、全球伦理的关系也有助于厘清国际法的本质。在一个仍然处于无政府状态的国际社会,国际法不可避免地体现为分散、协定、软弱、不对称的初级性法律,这是思考各方面国际法律问题的起点和基本语境。

[关键词] 国际法; 国际关系; 法理学; 自然法学派; 实证法学派; 现实主义; 自由主义; 建构主义

Between Politics and Ethics: The Ontological Dimension of International Law

He Zhipeng

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Properly defining the nature and characteristics of international law (IL) is not only important for theoretical discussions but also crucial for practical application of IL. This essay, deploying various understandings on IL in legal theory and theories of international relations (IR), investigates this issue with an inter-disciplinary approach of IL and IR.

This essay reviews the controversy on whether IL is truly law, and after inquiring the viewpoints of John Austin and his opponents, the author proposes that to examine "whether IL is law" may be misleading, since the question itself is not rightly defined. The nature of IL may only be well understood by a comprehensive study of different schools of legal theory and IR, as well as a focus on the reality of international legal process. The natural law theory contributes to IL in at least two aspects: first, law should be discussed not only as it is (*lex lata*), but also as it should be (*lex ferenda*); second, IL should be universal. The positive legal theory suggests that we pay attention to the practices by states and other actors of IL in addition to rules *per se*. Realists in IR stress the powers of states, which is helpful for a clear understanding of the application of IL in world politics. The study of international regime by neo-liberalists in IR can enlighten us on the origin of IL. Constructivism in IR helps

[收稿日期] 2012-06-21

[本刊网址·在线杂志] <http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

[在线优先出版日期] 2012-08-28

[基金项目] 教育部重大课题攻关项目(10JZD0029)

[作者简介] 何志鹏,男,吉林大学法学院教授,博士生导师,法学博士,主要从事国际法学、人权法学、法学教育研究。

international lawyers to explore the nature of international law within a social framework of international community .

With all the above-mentioned theories, the author attempts to stress the significance of understanding IL from the perspectives of politics, ethics, and sociology. Though IL is heavily influenced by political power, it is independent and not purely moral in its practice, and it definitely calls for global ethics in the age of globalization.

The author tries to conceptualize IL in the following four dimensions: (1) IL is highly decentralized. This is mainly because IL is the legal phase of IR and the basic nature of IR is anarchy. Thus there is no unified legislature, law enforcement agency and judicial organ for IL. IL exists basically in the form of treaties and customs, most of which are *lex specialis* instead of *lex generalis*. It is quite clear that there is no generally accepted normal hierarchy in the international legal system, and the "constitutional system" of IL is just a blueprint. (2) IL is law by agreement. If a domestic law could be defined by external rules, then IL is internal, i.e., the actors in the domestic legal system just accept the established norms; on the contrary, the actors (mainly states) of IL, in most cases, have to set up norms for themselves. In this sense, IL is the rule that the state is supposed to follow. If there is no agreement from the states, it is hard to establish obligation for them. (3) IL is weak law. There is hardly any compulsory enforcement and judicial system for international law as domestic law. (4) IL is asymmetric. It is notable that in recent decades international organizations have developed quickly and that new mechanisms such as dispute resolutions, tribunals and punishing measures are established. However, these measures are plausible on surface but not fair in essence because big powers may easily evade legal punishments while small countries may be punished even when there is no evident violation of IL.

Therefore, IL may be defined as the ethical guidelines for political games and the political constraints on ethical values. The author takes the position that IL today is still a primitive legal system, but it is necessary for us to see it from a historical perspective. The past century has witnessed the fundamental progress in IL, and the international structure has been changed from imperialism to equality among sovereign states, at least in name. With the improvement of international democracy and multiple governance, IL will be more systematic, more strictly enforced, and more equally complied with, and the ideal of international rule of law will be steadily realized.

Key words: international law; international relations; jurisprudence; natural law school; legal positivism; realism; liberalism; constructivism

一、引 言

按照哲学意义上的本体概念,本体维度的国际法可以界定为对国际法本源和特质的探究^{[1][35][2]}。这里只是借用哲学的本体论概念,并不完全采用哲学领域的含义。也就是说,这里不试图揭示“存在是什么”这类根本问题,而仅仅是试图回答“国际法是什么”这样的问题。国际法本体论层次的探究,对于理解国际法在当今世界的地位和作用,理解国际法及其相关概念的联系,评价国际法在促进国际关系理性化的过程中的功能,都具有不可或缺的意义。

那么,国际法究竟是什么呢?一般的教科书会这样阐释:国际法是调整以国家为主的国际法主体之间关系的原则、规则和制度的总体^{[3][4]},或者,国际法是治理国家、国际组织、个人及其他国际政治

中的行为体之间关系的规则、原则和概念^[5]。也有学者从更广泛的角度出发,认为国际法是条约、习惯、外交事件和政治压力的组合。其中,条约为国际组织提供宪法,组织给国家创设义务。条约是大多数国家和机构解决争端的基础^[6]。

很多学者认为,今天的国际法来自于古罗马的万民法(拉丁文为 *jus gentium*)。根据法律史家的分析,万民法是“所有国家共有的法律”,它是各个部落各种习惯的共同要素的总和^[7]。从内容上看,万民法属于今天的“国际私法”或“比较私法”领域。维多利亚(Francisco de Vitoria)、苏阿雷兹(Francisco Suárez)及从意大利到英国的真提利(Alberico Gentili)阐述了国家之间的法律关系或跨国国界的法律关系,荷兰法学家格老秀斯(Hugo Grotius)进行了系统阐释。格老秀斯被称为现代国际法的奠基人,其名著《战争与和平法》中使用了“万民法”,并称万民法是指拘束力来自所有或许多国家的意志的法律,实际上,格老秀斯所指的万民法即万国法,也就是国际法。英国牛津大学的教授苏支(Richard Zouche)于1650年采用了“国家间的法”(law of nations)的概念。18世纪末,英国哲学家、法学家边沁(Jeremy Bentham)最先正式使用“国际法”(international law)这一概念,他还提出应当编纂国际法^①,这也成了今天广泛使用的概念。

二、一个初步的问题：国际法是法吗？

本体层面的国际法始于对于国际法法律属性的追问。自霍布斯和普芬道夫时代开始,就出现了关于国际法是不是法律的争论^[8]^[283-285]^[9]^[2]^[10]^[11]^[328]^[12]^[16]^[13]^[320]^[14]^[5-7],并在19世纪被奥斯丁颇具影响的理论所强化^[15]^[5]。其关注的核心是：国际法究竟是否具有人们所理解的法律的功能？它是具有法律性质的规范,还是仅仅是一些国家可以自由忽略的原则的集合？学者们注意到,国际法缺乏惩罚措施,即使违背了国际法规范也可以安然无恙,这一点是与国内法最大的不同之处。

奥斯丁认为,“正当意义的法律”应当是实证法,是主权者的命令^[15-16],只有这样的界定才是适当的法理学事项。主权者是在独立政治社会中获得成员服从但不需要服从他人的人。国际法不符合此种实证法检验的要求,所以不是命令,不是正当意义上的法律。但反对者提出：似乎没有任何法律符合奥斯丁的理论。在美国之类的联邦国家,立法权被宪法分给了联邦和各州,任何一个州都没有最高立法权。即使在英国,女王在议会具有最高立法权,但立法权不是唯一的法律渊源,也不是最古老的^[17]^[17]。表面上看来,国际法缺乏有效的立法者、总体上胜任的司法机构和强有力的执法机构。但无论理论上如何模糊,国际法都已被法律人践行了几个世纪^[14]^[1]。国际法在真实世界中被确立、实施,并且被作为司法的依据。

在追问和争辩国际法是不是法的时候,也许关键之处并不在于答案,而在于问题本身。一些学者指出,国际法是不是法纯粹是一个词语问题,不值得讨论;还有一些学者认为国际法是否为法律是一个伪问题^②。

首先,在国际法与法律的关系中,“什么是法律”是最难回答的问题^[18]。关于法律的一般概念及其在社会中的地位问题存在诸多争议,现在的比较研究已经对此作出了充分的证明。法律的内涵和作用与历史和文化的多样性有关,例如,英国、美国和英联邦国家有盎格鲁·萨克森普

① 边沁兴趣广泛,对法学、哲学均有涉猎。他于1786年至1789年撰写《国际法原理》(*Principles of International Law*),但未完成。在已经完成的部分,他探讨了国际法的目标及普遍永久和平计划等问题。参见钟继军《边沁国际法思想探论》,载《求索》2007年第1期,第106-108页。

② 很多学者都表达了这种观点,例如:G. Williams, "International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law'", *British Yearbook of International Law*, Vol. 22 (1945), p. 146; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London: Routledge, 1997, p. 6.

通法传统,欧洲大陆则在罗马法的基础上形成了民法传统,而伊斯兰国家的法律观念更多地具有政教合一的特色,并不区分国家、社会与信仰。不同的文化历史传统形成了不同的法律观念和方法,也影响了对国际法的地位与解读的一致性。其次,批评、怀疑国际法的法律性,大多基于国际法没有立法机关,没有惩罚措施和执行机制。这些质疑在很大程度上是因为没有认识到国内法律体制与国际法律体系在历史、结构和功能上的差异,而这恰恰是讨论问题的起点。如果以国内法的模式去界定和理解法律,那么在很多时候,国际法确实不是法律。但这样一来,法理学也就成了“国内法的法理学”,而不再是一种通行的法理学。从这个意义上来说,有学者认为讨论法律的定义只是文字上的争论,没有实际意义。国际法真的是法吗?这确实是一个还没有准确界定的问题。

有学者认为,关于国际法性质的讨论实际上是将国际法是不是“法”与国际法是否有效、是否被妥善实施相混淆^①。但对于法律的认识,如果仅仅从其外在形式和具体内容去判断,而不考虑其运行方式,实际上是不可能的,容易出现错误。个人或学术组织的立法建议无论形式多么完整,内容多么严肃,措辞多么正式,终究不是法律,而必须与规范的制定方式、实施方式结合起来。所以,中国学界通行的“法”的界定方式都注重国家制定或认可、国家保障实施、规定权利和义务的行为规范等因素^{[19]35-38[20]75},这就从规范的形成方式、运作模式、具体内容和指向对法律进行了界定。从这个意义上说,法律之所以为法律而区别于技术规程、礼仪规则、道德规范,原因正在于它与公权力的结合及结合时所形成的一套程序和模式,更在于其内容指向。当然,有必要区分法律的“理想状态”与“实际状态”。正是因为理想状态或标准意义上的法律都是以公权力作为后盾的,那些没有公权力作后盾的规范才被称为“民间法”或“软法”。这恰恰反衬出一般意义上的法律是“官方法”和“硬法”。法律有边缘和灰色地带,但此种边缘的存在进一步确认了正式法律的标准。不过,绝不能因为“理想状态”的法律存在,就把实际状态抛掷一边,正如物理学中的理想状态恰恰是为了给实际状态定立基准。由此,对于“国际法是什么”这一问题的回答,不应该也不可能脱离国际法在现实社会中的运作与功能而进行抽象的分析,从概念到概念的分析是不会有太大裨益的,这不是一个可以不顾实践的纯粹理论问题。只有对国际法在理论棱镜和现实世界中的存在有清楚的认识,才能理解其性质。

三、国际法不同视角

通过观察国际法的运行,主流法理学派和主流国际关系学派已经对国际法的内涵和存在进行了一些阐述,这些阐述对于清晰地认识国际法有很重要的启发意义。

(一) 自然法视角内的国际法

自然法有漫长的传统,可以追溯到罗马时代,而且至今仍是罗马天主教会所接受的官方哲学。自然法的核心在于:所有的法律,不论是国际法还是国内法的原则,其共同基础都是普遍的、永恒

^① 关于国际法的实施,参见 R. Y. Jennings, "The Judicial Enforcement of International Obligations," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Vol. 47 (1987), pp. 3-16; P. van Dijk, "Normative Force and Effectiveness of International Norms," in J. Delbrück, W. A. Kewenig & R. Wolfrum, *German Yearbook of International Law*, Vol. 30 (1987), Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1988; W. E. Butler (ed.), *Control Over Compliance with International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1991; J. Delbrück (ed.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios, New Law?* Berlin: Duncker & Humblot, 1993; A. P. Rubin, "Enforcing the Rules of International Law," *Harvard International Law Journal*, Vol. 34 (1993), pp. 149-161; J. Delbrück (ed.), *Allocation of Law Enforcement Authority in the International System?* Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

的、适用于所有事物的法则。这些原则可以通过纯粹理性获得,是发现而不是制定。古典的自然法学派认为,人类的法律与自然界的规律是一样的,人应当按照自然规律生活,自然法就是普适于宇宙的规范在人类社会的体现。古希腊的斯多葛学派即倡导了这样一种哲学,古罗马的万民法则是对自然法在当时境况下的阐述,以后的自然法观念则在神法、教会法、资产阶级人权与宪政法律的演化进程中传承发展。

自然法的一大贡献就是催生了国际法。在罗马法的语境下,自然法是对万民法及使节法(当时意义上的国际法)的一种特别的阐释方式,其含义经常可以通用^{[21]32}。自然法学者将普适规范的思路移接到国家之间的关系上来,并把罗马私法(万民法)中的制度应用到国家之间的领土取得、转让和条约交往之中。自然法原本被认为具有神学性质,但格老秀斯却认为,自然法的存在是人类社会中生活在一起的人们为维护一种秩序的必然产物,即使神不存在,自然法依然存在。在古典自然法的理论语境中,国际法存在和功能是由“有社会即有法律”(Ubi Societas ibi ius)这一抽象原则通过理性思考推导出来的^①。

现代自然法已经不再从神学或绝对普世规范的视角来思考问题,而是更强调法律与道德之间的联系。现代自然法认为法律必须具有一定的道德性,不能容忍法律是与道德无涉的。第二次世界大战以后,自然法在国际法中复苏,并构成了东京审判、纽伦堡审判、联合国《世界人权宣言》的基础^②。这实际上是对现实主义理论和实证法在国际关系中的压倒性优势所引致的不良后果的纠正,而且自然法对于人类共同遵从的规范追求也一直是国际法的理想。很多西方学者认为,来自古希腊、古罗马的自然权利理论经过卢梭、洛克、托克维尔、康德的阐释后形成了一种人权文化,构成国际关系的伦理限制,这种观点即以自然法为基础^[22]。从总体上看,自然法理论认为国际法是国际关系的道德约束。亨金的一句名言充分体现了对国际法认识的理想主义色彩:“在各国关系中,文明的进展可以认为是从武力到外交、从外交到法律的运动。”^{[23]5}这种理想主义的心态最能反映自然法学派对国际法的认识。

(二) 实证法视角内的国际法

自然法虽然认定国际关系应当有一些应然的、伦理的规则,但并没有认真讨论过如何让这些应然规范落实于现实争权夺利的国家生存境况之中。在后世的学者看来,自然法学派所描写的国际法究竟是现实中实施的还是理想中应当存在的,始终是一个值得关注并且很难分辨的问题。格老秀斯去世之后,思想文化环境变得更加具有怀疑性,如果国际法继续以自然法理论为基础,就会失去人们的尊重。在科学兴起的过程中,实证法学在法学领域崭露头角并占据主导地位。实证法学对于“自然法”、“社会契约”等未经历史证实的概念缺乏兴趣,认为这些仅仅是看起来很美的幻象,却可能离真理越来越远,它们更注重基于科学证据的考察。英语世界的法律定义在很大程度上受边沁影响^{[22]1}。在国际法的问题上,实证主义认为国家的实践行为是国际法的基础。第一位讨论国际法的实证法学者是荷兰人宾刻舒克(Cornelis van Bynkershoek),在一定意义上他领先于他所处的时代。瑞士学者瓦特尔(Emerich von Vattel)将自然法和实证法

① 例如,奥本海(Lassa Francis Lawrence Oppenheim)在其《国际法》中提出,有社会即有法律,所以有国际社会必然有国际法;布莱尔利(Brierly)也认为,有国际社会存在即有法律。参见[英]詹宁斯等修订《奥本海国际法》,王铁崖等译,(北京)中国大百科全书出版社1995年版,第41页。劳特派特(Lauterpacht)认为国际法是国际社会的法律(Collected Papers);韦斯特雷克(Westlake)则将国际法界定为各国、各民族的社会法律。参见D. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London: Sweet & Maxwell, 2011, pp. 3-4。

② 在纽伦堡审判中,戈林称他根据本国法行事,完全合法,不该被审判;东京审判也有被告提出此种理由。法庭最终根据人类共同理性的观点,认为不能依本国法而采取不当措施。并见《联合国宪章》序言和《世界人权宣言》序言。

结合在一起,强调国家基于自然法所具有的内在权利,但同时指出,国家在履行自然法所赋予的义务方面,仅对自身的理性负责。实证主义在18世纪开始生根,但直到19世纪才被充分接受,而除了收集条约的文本以外,直到20世纪才采取了科学的方式研究国家的实践。

凯尔森认为,国际法通过社会组织具有了强制性,具体表现为对于违反国际法的国家采取或威胁采取强制措施,由此形成特别的社会技术,这是区别于宗教秩序和道德秩序的方面。国际法的强制措施在一定程度上是自救的^{[11]5,14}。哈特提出了以威胁为后盾的命令的法律概念及国家作为义务主体的能力,认为国际法在内容上接近法律^{[25]215}。在《法律的概念》中,哈特对于国际法进行了专门探讨。他认为,国际法是否应当被称为法律确实存在疑问,很难被置于不顾,因为它缺乏“次级规则”中的变更规则和裁判规则以提供给立法机构和法院,也没有统一的“承认规则”以指明法律的渊源及确认其规则的一般标准。国际法的制裁从根本和极端的意义上而言是纸上谈兵,它不存在组织性制裁,而且居于法律之上的“主权”概念与国家的“义务”概念存在矛盾。当然,不存在制裁并不意味着国际法没有内在的约束力,“主权”被理解为“独立”之后也不排除国家履行其允诺的义务。国际法并不能等同于国际道德,因为一些国际法规则是道德无涉的,多数国际法规则不是通过良心来约束的,国家在很多时候并不是出于道德感而遵守国际法。国际法与国内法的类比更多是内容上的,而非形式上的^{[25]214-237}。通过哈特的阐述,大概可以推出这样的论断:不能说国际法不是法,只能说还不是成熟意义上的法律,随着国际法逐渐发展,它在形式上与国内法的相似之处会逐渐增多,法律属性也会日益彰显。

(三) 现实主义视角内的国际法

在国际关系的现实主义学派中,存在着忽视和否定国际法的趋势。现实主义各个流派有三个共同的理论内核和假定:(1)在行为体属性方面,认为国家是无政府状态下理性、单一的政治单元;(2)在国际结构方面,认为物质力量排在第一位;(3)在国家偏好的性质方面,认为国家都为了生存、安全而争取相对权力,具有固定不变的冲突性目标。现实主义和新现实主义所描述的世界中基本上是强者为所欲为、弱者无奈承受一切的。

爱德华·卡尔(Edward H. Carr)在《二十年危机》中警告人们,对于国际制度与和谐利益的信赖可能带来不幸后果,并特别指出,国际法是未完全形成、非充分一体化的社会中的法律,缺乏司法、执法与立法机构^{[28]22-40, 170}。汉斯·摩根索明确地陈述了现实主义国际政治以争取权力为导向的国家行为准则,认为国际法是一种原始形式的法律,它之所以发挥效力,主要是因为国家之间共同或互补的利益及国家之间的权力分配,利益共同体与权力均衡的结合是国际法产生和发展的基础。国家会用道德、舆论和法律来掩饰其对权力的追求,表面上在追求某种理智、道德和正义的东西,本质上却是在追求权力^{[8]295-296, 243}。乔治·凯南(George Kennan)认为,国际法尤其是《联合国宪章》不可能抑制国际领域里的混乱和危险。他提出,法律途径在国际关系中有三个基本困境:(1)有些国家对自己的地位和边界不满意,因此所有国家不可能隶属于一个国际司法机制;(2)国际法认为世界由完全平等的主权国家组成,这只是一种想象,各国的不平衡发展决定了国际体系存在冲突;(3)国际法设想制裁可以限制国家的不良行为,这无异于幻想^{[29]95}。肯尼思·华尔兹认定,不平等的国家在体系中彼此接触的一个决定性结构因素是无政府状态,国家的行为决定于国家在国际结构中的位置;国际体系结构与国际法相互排斥^{[30]102-128}。进攻型现实主义的核心观点是国家最大化地占有世界权力,这与国际法的规范性也存在冲突。该理论的代表人物约翰·米尔斯海默(John Mearsheimer)认为,国家会加入能够最大化地扩大本国权力基础的条约,但不可能接受一种会减少其权力分配的条约。“如果国际法并非一种强制命令,那它至少是一种合作事业,其目的在于确定共同利益、规范和规则。在无政府状态下,合作是可能的,但只有直接针对维持或者增加一

个国家对世界权力的分配时才有可能。”^[31]

总体来看,在外交政策的思维中,国际法的虚无主义观念仍然在现实主义著作中占据主导地位,这种观念更注重权力与国家利益在国际关系中的地位。现实主义理论并不认为国际法根本不存在或国际法与国际关系存在着天然的矛盾,但在这一理论框架中,权力与利益垄断了国际关系的话语权,国际法的存在与发展空间很小^①。

(四) 自由主义视角内的国际法

虽然自由主义的具体流派多种多样,但其论点的基础都是对人类学习和进步的信赖,分析的是国家之间如何在无政府状态下达成合作。自由主义国际关系注重的是,在一个相互依赖的国际共同体中,国家之间如何进行合作。在自由主义者看来,现实主义论调过分强调权力与安全,过于悲观,却没有充分考虑国家之间为了共同的目标而进行合作的努力。作为国际关系的行为体,单一、理性的国家之间乐于合作,愿意为改进存在环境、促进人的安全而设定规范。国际制度是国家间为了避免零和博弈而进行合作时成本最低、效果最佳的选择,有了国际秩序才能以最小的代价取得最大的利益。新自由主义者对国际制度予以详细分析,认为它包括国际组织、国际机制、国际惯例三种形式,具有权威性、制约性、关联性三个特征。这些特征使国际制度具有横向效应和网络效应,从而能解决合作的困境,保障合作有效。国际制度包括规则、组织和运作程序,其基础是国家之间的协商与理性选择,从另一个维度上看即是国际法,国际法由此成为促进和发展无政府状态下国家之间合作的主要途径。自由主义者认为,即使不同地缘政治群体中的国家在某些方面利益差距巨大,一般也会缩小其独立行使权力的要求,在主权事务上合作,为国际法的实施留出空间。国家之间拥有环境保护等共同的利益,并对个人人权等予以共同认可^②。安妮·马莉·斯劳特则尝试为国际法学开辟一条“自下而上”的研究路径,为当代跨国法的研究提供了分析框架^{③[32-33]}。自由主义国际关系理论为探究国际法的基础提供了有益的借鉴。

(五) 建构主义视角内的国际法

建构主义以人的社会性来比拟国家的社会性,以人的社会化过程来分析国家在国际社会中习得规范、接受规范和遵循规范的过程。国家在组成社会的时候会自然地建构规范,规则的存在又会对国家的行为进行塑造和决定。在建构主义者看来,国际法不应是一套外在于国家的规则,而应是国家在内心中接受的规范,并在国家间形成一套共同的信念和文化。国家与国际法相互决定、相互构建,国际法为国家间的行为树立了一些价值观念,这些观念将国家凝聚在一起,为国家之间的团结奠定基础。

建构主义的国际法观的核心在于形成一个真正具有共同体感的国际社会,从而形成一套不那么碎片化的国际法体系。正如维斯切(De Visscher)指出的:“仅通过国家之间的关系去建立一个共同体的程序,颇属幻象。这一点只能通过发展出真正的国际精神来形成坚实的基础……如果所加所具有的政治目标一直压制着维护权利的人本目标,则国际共同体根本无法实现。”^{[34]94[35]17-17}在

① 当然,现实主义对国际法的态度也有例外,其新流派共生现实主义就是如此。共生现实主义是一种描述迅即联动和相互依赖的全球无政府世界的国际关系理论。参见唐小松《现实主义国际法观的转变:对共生现实主义的一种解读》,载《世界经济与政治》2008年第8期,第71-74页。

② 当然,21世纪初在坎昆、哥本哈根召开的气候变化会议说明了国家之间合作的艰难;美国与中国之间不断就人权问题相互指责也说明了国家的基本追求仍然是军事、经济实力等物质权力(硬实力)以及文化、意识形态、价值观等影响方面的权力(软实力)。

③ 有关评论参见刘志云《自由主义国际法学:一种“自下而上”对国际法分析的理论》,载《法制与社会发展》2010年第3期,第81-89页。

这方面,建构主义者最需要跨越的障碍是如何解释权力的核心意义。只有超越了不同地缘政治集团在利益上的分歧和竞争,才有可能实现共同的国际法信仰;只有超越了不同意识形态、发展程度和信仰的国家之间的分歧,共同的国际法才可能存在。这些分歧真的能够通过重新界定利益、改变观念而消弭吗?笔者认为,过于注重物质的现实主义和自由主义与过于注重观念的建构主义一样,都是片面的。虽然这些片面的理论都有深刻的启示意义,但仅仅看到问题的一面显然是偏颇的。马克思主义在这方面的论断值得重述:物质生活方式构成了基础,文化、观念、制度都是上层建筑,上层建筑虽然能反作用于物质基础,却被物质基础决定。所以,建构主义无法回避苏联所代表的坚持和注重国家主权的倾向,无法回避当今世界上仍然存在的中国、古巴、朝鲜、越南等社会主义(共产主义)国家与资本主义国家之间的观念差异,无法消除发达国家与发展中国家,特别是与最不发达国家之间的发展水平差距^{[36]79[37-39]},无法填补伊斯兰教国家与基督教国家之间的观念鸿沟^[40]。

描述和分析国际法性质的每一种观点都有其合理性,但都仅仅揭示和强调了某一个方面的特征或性质,不可能统摄全局,具有片面性。

四、国际法的近邻:国际政治与全球伦理

在对上述理论有清晰认识的基础上,还有必要探究各派学者都很注重的、与国际法关系非常密切的两个概念:国际政治和全球伦理。只有了解它们之间的联系与差异,才有可能对国际法的特质有明晰的认识。

(一) 国际法与政治力量对比有密切关联

法律无法超越政治,国际法更无法超越国际政治。法律由政治创造,是政治秩序的产物,其最高权威来自政治^{[25]176}。认为国际法会脱离国际政治而存在并发挥作用,本身就是虚无的想法^[41-42]。在包括中国在内的外交界,国际法都是国家争取利益的工具。现在国际法关涉每一个人的利益,甚至偏远小村落也会受全球变暖公约的影响。施瓦曾伯格(George Schwarzenberger)指出:“在一个社会中,权力是压倒一切的考虑,法律的主要功能是帮助在权力基础上建立至高无上的武力地位和等级,给予这种最优秀的体制以尊敬和法律授予的圣洁。”^{[43]14}国际法的政策定向学派基本上以现实主义理论为基础,将国际法看作国际政治决策提供服务的学说^{[44]137}。这一点虽不全面,但确实揭示了国际法的核心:国际法是政策的正式表达。有学者指出,北约的缔约国并没有考虑其在法律上的权利和义务,而更多出于政治上的考量^{[14]6}。政治体系是人类关系之中包含了控制、影响、权力或权威的持续模型,它关注的是在一个特定的政治单元中,谁能做什么、谁能得到什么。国际法是国家争取利益、分配利益的正当性装饰。国际法是国家追求国际利益的辩护依据,虽然背后是赤裸裸的利益追求,但只有用法律来装饰,这种利益主张才更容易被接受,才有更强的说服力。

但国际法和国际政治仍然是不同的。国际法的具体运作有时会在政治环境中显示出一定的强制性,甚至会偏离和超越政治的轨道。主权和国家这些政治术语在国际法中也会使用,但其意义是不同的。法律更注重的是权利、义务、特权、豁免、责任等范畴。即使是现实主义的国际政治学者,也并不完全否认国际法的存在及作用,但他们提醒人们注意法律与政治的紧密联系。摩根索阐述道:现代国际法体系是重大政治变革的结果,这一重大变革标志着欧洲从中世纪到现代社会的转型。如果要在那些本土之上具有至高权力的实体之间维持一定程度的和平与秩序,那么法律规则是必需的。只有事先制订了规范,国家才能知道可以采取行动的范围和方式^{[22]293-294}。国际法学者布赖尔利(Brierly)明确指出:既不能虚无地认为国际法根本不存在,也不能天真地认为只要有几个法学家制定出一套规则,就从此万事大吉了^{[45]1-2[46]280}。正如科斯肯聂米(Martti Koskenniemi)指

出的,国际法是这个危险和不正义的世界的一部分。它遍布于各处,开启和进入战争,保护和剥夺权利,它决定谁拥有世界上最珍贵的资源,决定各国如何在全球范围内被治理。人道干涉、集体安全、人权保护、对有罪不罚的斗争等等政治问题,都涉及国际法^[47]。讨论国际法性质的学者都关注国际法的强制力,认为国际法应当是对政治行为的约束。

有学者认为,从国家经常以有罪不罚的方式违背国际法这一点来看,国际法似乎并没有用处;但如果国际法真的没有意义,就很难理解许多国家何以花大力气商定条约,并为其行为进行合法性辩护;如果认定国际法是法,则很难理解,为什么国际法总是代表大国的意志,变化频繁,而且违背了也没有受到惩罚。国际法确实有作用,但并不像某些领导人、法律专家和媒体想象的那么有力量。国际法仅仅是国家在国际舞台追求自身利益的产物,它不会使国家走向与其利益相反的一面,所以很多全球问题并未解决,而且解决的可能性也不大。从功能上看,国际法是实现国家利益的工具,但比政策更加复杂、精密和多变,而且不可预期。由于国际政治总是在变化之中,以国际法来代替国际政治是不可靠的乐观态度,是不符合国际法的过去表现、当前能力和合理的未来预期的^[48]。

国际法在历史上确实起到了重要的作用,在现实中,国际法也同样不可或缺。那些被公众所关注的违背国际法的事件并不是多数,也不是国际法实施的主流,但影响是十分广泛的。这意味着国际法的运行受制于大国的意志,而不是全面、均衡地适用的^[49]。从这个意义上看,国家在多数情况下遵守了绝大多数的国际法,这一点也为国际政治、法理学和国际法学者所共同认可^①,更为实际例证所证明^②;不过,国际法总体上被遵从的情况以及国际法被遵从的事例数量仍然可能是有误导性的,因为这种表面的遵从会让人忽视国际法与国内法的根本不同,忽视了其对政治利益的严重依赖。例如,苏联1979年非法入侵阿富汗,美国1983年非法干涉格林纳达,以色列侵犯中东地区的土地,这些国家虽然被联合国谴责,却没有受到任何有效的惩罚。20世纪90年代,伊拉克入侵科威特确实受到了迅速的惩治,但人们有充分理由认为,这是因为西方大国重视石油利益,因为印度尼西亚入侵东帝汶时,国际社会就没有采取任何报复行为。2011年,国际社会积极干预利比亚局势,甚至帮助反对派推翻其原有的合法政府,但对索马里却任由其海盗猖獗。这与利比亚拥有丰富的石油资源、人民富庶,而索马里却十分贫困不无关系。美国打击阿富汗、伊拉克,与其说是出于国际正义感,还不如说是出于以政治影响和物质利益等权力界定的国家利益。当美国境内爆发“占领华尔街”运动、希腊由于债务危机发生骚乱的时候,没有国家认为他们的政府应当被更换,而叙利亚发生骚乱的时候,西方社会就认为存在人道危机,要求总统移交其权力。这表明,在实际的国际关系中,不能夸大国际法的作用,而必须重视权力的重要性,考虑军事、经济、政治、意识形态等因素。很多国际法学者期待国际法能够经常有效,而不是以政治选择确定效力。但事实上,国际法在国际关系中的角色始终是受限的,虽然不可忽视^[50-51]。国际法中的惩治手段与国内法有何不同,发展和强化国际法的惩治手段在何种意义上是可取的和可期的,这值得结合国际政治的运行进行深入思考^[52]。奥本海注重国际法的外在权力约束^[53]^③,说明法律的施行需要政治的支持。

(二) 国际法与全球伦理相关但不等同

伦理道德是人的社会本性在一定经济状况下的反映。法律和道德共同确定权利和义务^③,彼

① 哈特的《法律的概念》、摩根索的《国家间政治》、亨金的《国家如何行为》及其重要的国际法教科书《奥本海国际法》、《阿库斯特现代国际法导论》中均有这样的论述。

② 即使尚未设立中央化的执行机构,没有强制的争端解决程序,现在很多国家的宪法中也会援引国际法。参见 P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London: Routledge, 1997, p. 52.

③ 有学者认为道德是义务本位的,没有权利,以道德义务为基础的要求可能是道德权利,但法律有更加明确的责任方式。参见余涌《道德权利研究》,(北京)中央编译出版社2001年版,第30页。

此关系紧密。国际法与贯穿人类交往始终的道德之间的关系十分紧密。在历史上,国际法被理解成人类基本道德的法律化。普芬道夫试图在《自然法与国际法》中构建一个普遍的自然法体系。他提出,自然法是真正的法律,而不仅仅是一种道德指南。自然法与国际法的共同主体是“道德存在”,即不是由自然所创造,而是从自然生命的精神中提升出来的存在^{[54]131}。当前,全球化的发展需要一种全球伦理的维系,正义、人权、和平、稳定等全球交往的基本需求构成了国际法的道德内涵和重要基础。在现代国际法体系中,道德的基础地位仍然很明显。国际社会的一些决议、宣言、行动纲领和发展计划等软法文件都承载着道德力量。而作为国际法渊源之一的“一般法律原则”,包括“禁止反言”、“诚实信用”、“一罪不二罚”等在很大程度上体现道德的原则。1970年颁布的《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之宣言》和《联合国宪章》也都倡导了公平的原则。政治权力、经济利益、道德观念与文化传统共同成为一个内在统一的平衡系统,为国际法奠定了基础,国际法的运行实际上是这几大要素交相作用与力量平衡的过程。受国际社会结构的制约,国际法的运行普遍存在“重秩序、少正义”的价值缺失,但经济全球化与国际关系民主化、法理化、人性化的发展为国际法的道德与法律重建提供了要求和可能^[55-56]。在军备控制、武力使用、战争与武装冲突的规制、经济交往、环境保护等很多领域,国际法的道德基础都非常突出。

国际法在形成渊源、存在依据、评价标准、价值追求等方面都有全球伦理的痕迹。因此,有学者提出,基本国际道德作为社会的普遍行为准则,构成了国际法的重要渊源和依据。国际道德既能在人们的心理上内化成某种“法律确信”,还通过诉诸舆论深刻影响了国际法的构成和发展。在当前国际社会结构仍然分散的情况下,国际道德可以成为国际法的价值指引和保障^[55-57]。笔者同意有学者提出的观点:全球伦理是国际法追求的价值指南,是国际法运行的内在保障。它不仅是立法的道德指引、司法的道德支撑、执法的道德评判,还促进了守法的道德养成。国际法是全球伦理和国际政治的交会点。国际社会“无政府状态”和主权国家自助的现实,使国际法的效力大打折扣。但无论在国际立法、司法还是守法层面,在国际法法律失效或缺位的地方,国际道德就会从舆论的角度予以评判和指引。国际法虽然时常受制于国际政治的现状,但国际道德确实具有长久、强大而深远的影响^[58-59]。

但国际法本身并不完全等同于道德。国际法作为确立国际事务中权利与义务的行为规范,虽然在很多时候会反映全球伦理,但也并不尽然。例如,国际法有海上避碰、度量标准、邮政电信协议等相对技术性的部分,这些与道德没有直接关系。国际法与单纯的道德最主要的区别是,国家认为国际法具有法律约束力,在彼此关系中以此为尺度采取行动,可以降低复杂性和不确定性。而且道德带来的是舆论的评价,而法律带来的是求偿与责任。

五、问题的纠正与深化:国际法是什么法?

如前文所述,在国际法的内涵和性质问题上,如果纠缠于国际法是不是法,可能很难得出一个有效的答案,因为这一问题的解析取决于如何界定法律。奥斯丁、凯尔森、哈特对法律进行了不同的界定,因此对国际法的属性给出了不同的解读。怀疑国际法的法律性质的困境在于,如果认定国际法不是法律,就需要为那些当前被称为“国际法”的规则确立一个新的名称,这个任务比认定国际法是法律难度更大。而且,词语使用的最重要规则就是约定俗成,既然数百年来各国都认为国际法是法律,那么就没有必要对这个问题作更多的讨论。因此,没有理由假定国家对外关系所涉及的法律体系一定与处理国家内部关系的体系一致,也没有理由假定国际法体系一定要遵循国内法发展的历史轨迹。只有跳出以一国的法律特征来判断国际法的狭隘立场,才能更准确地理解国际法。因此,认为国际法属于广泛意义上的法律,并充分认识到其与较为成熟的法律存在一定的差异,这是认识国际法问题的基础,进而可转到探究国际法的特质问题,即:国际法是什么法?根据前文的

学术观点梳理和运行理论观察,大略可以对这个问题回答如下:

(一) 国际法是分散法

由于国际社会总体上是分散的、非中心体系的,所以国际法也没有一套清晰而公认的位阶体系。虽然有学者讨论了国际法的位阶问题^[60-61],但国际法律秩序的整体位阶显然尚未形成。当国际法的领域扩大时,就出现了“国际法不成体系”的问题^①。这种分散在立法时期就已显露出来,在国际法领域,双边、区域、全球的法律体系并存。总体上看,没有任何一个体系优于其他体系,各个体系是平行的。国际社会是一个无政府社会,这一点已为所有国际关系学者所认可,也意味着它没有完全呈现出一种中央化的统一秩序。因而在绝大多数时候,不会有普遍认可和施行的国际法。而且,国际法规范基本上属于特别法律^[62]^[176-177]，“一般法”处于缺位状态。国际法只约束同意该规则的国家,国际法在现实生活中以条约与习惯为主要形式,条约基于国际之间的明示同意,习惯则基于国家以行动的方式表达的同意。

虽然当代国际法在这一点上有所突破,例如《联合国宪章》的第2条第6款规定了其原则宗旨的重要性,《维也纳条约法公约》第53条规定了强制性规范的优先性,但这些条款与安排不仅数量少,而且自身就是分散的,未能形成体系。与此同时,虽然当今国际社会从道德价值上肯定了强行法(*jus cogens*)的概念^[63-64],但由于政治立场的差异,对强行法的具体外延却没有形成一个公认的列表。而且,被认定的强行法存在多项例外,在这些法律的解释和实施存在诸多技术与政治问题。例如,大国违背公认规范而未能承担责任,使所谓的强行法变成了“强权之下行使的法”。这意味着所谓普适的国际法在当今世界仍然处在一种想象的阶段。国际法是不成体系的^[65],这种不成体系的现状恰好说明了国际法与国际社会一样,都还处于不成熟的初级阶段。正如摩根索所指出的,国际社会没有统一的主权者,也就意味着没有统一的立法者、执法者和司法机构^[28]^[295-296,311]。

国际法规则本身是模糊的,很多规范本身的措辞就颇为含混,一项规则存在诸多例外和条件,有多种解释的可能^[28]^[329],还可能出现前后对立的主张。所以在国际的视野内,并没有形成一个“国际宪政体系”。理想的法治环境之中应当存在的作为法律成熟标志的国际法的位阶还没有建立起来,国际法仍然是高度分散的、特别的、法律杂合的群体^②。

(二) 国际法是协定法

从立法层面上看,国际法不存在一套体系化的立法机构和立法程序,主要靠国家间的协商。这一点与宪政机制比较成熟的国家差距甚大。虽然国内立法也存在代议机关和包括行政机构及其部

① 2000年,国际法委员会的长期工作项目工作组建议讨论国际法不成体系(fragmentation of international law)问题,2002年以后国际法委员会开始讨论这方面的报告。参见M. Koskenniemi, "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law," *Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.702, UN, 2006, pp.1-25。值得一提的是,国际法被引入一国国内法之后,就进入该国的国内法位阶中,不同的国家宪政体系赋予国际法不同的地位,但这并不是国际法自身的位阶。参见O. K. Fauchald & A. Nollkaemper, *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2012。

② 有学者根据国内法院的审判经验,认为国际法存在位阶,而人权在此位阶体系中应当高于其他规范义务。国内法关于豁免和引渡的判例表明,当人权义务与其他国际法义务相违背的时候,法院更看重人权,显示出国际法具有一定的垂直性特征。参见E. de Wet & J. Vidmar, *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012。就作者所能接触到的领域,其结论具有一定的说服力;但国内法院所接触的国际法问题毕竟不是多数,所以不能认为国际法的总体结构中不存在位阶。

门、地方国家机关在内的授权立法者,甚至有的学者还提出了民间法的概念,但只有议会或者类似立法机关的立法权或许可权受到了普遍的认识和尊重。与此相对,国际法几乎没有外在于主体的“制定法”,而只有主体间根据其政治意愿、利益追求、道德准则而确立的“协定法”。国际法主要表现为条约和习惯。条约是国家之间关于权利和义务的书面约定,而习惯是一国或多国在某一国际事务上被接受为法律的惯常做法。虽然此外还有一些渊源,例如一般法律原则,作为渊源辅助证据的国内、国际司法判例,以及权威公法学家学说等,但无论哪一种,都离不开国家的同意或认可。条约是国家之间通过一系列谈判、磋商程序定立的规范,特别强调意思表示的契合。

国家可以以自己的意志决定履行某一条约的义务,或处于条约之外,或退出条约。条约法对于条约形式中的签字、批准、接受、加入等条件的要求,以及对于强迫、错误等意思表示不真实所致的无效的做法,就足以说明国家接受的重要性。而习惯法中的一贯反对原则(persistent objector rule)同样表明了在国际规范方面国家意志的重要意义。这种情形实际上说明了:国际规范不是来自于国家之上,而是来自于国家之间;不是来自于一个上位者给定的立法,而是来自于两个以上平等国家的协商。因此,国际法更像是国内社会的契约,而不是国内社会广泛存在的、外在地约束平等主体的立法。这一点是由国际社会的无政府体系决定的,是由国际共同体所共同确认的主权平等原则引致的。虽然很多时候,单方行为也能确立国际法的规范,例如国家发布地图、宣布开始或结束军事演习、核武器试验,采取引渡或庇护措施等,但如果利益相关国表示反对,则其规范效力是可疑的。

(三) 国际法是弱法

国际法体系是平位的(horizontal),运作方式也是不同的。它具有高度的政治色彩,基于互惠原则、共同同意或者协商一致,而非命令、服从和强制实施。

国际法的力量取决于国家之间的相互制约,而不是组织性的上位力量的强制制约。从执法的环节看,国际法远不如国内法律那样具有一套复杂而周密的执行与监督体系。即使是法治不够完善的国家,也有大量的政府部门负责法律的运行,而绝大多数的国际条约都不存在这种执行和监督体制。国际法没有强制的司法或仲裁救济体制,一国在其他国家违背了对其所承担的国际法义务时,所能采取的措施中最具效果的就是自助(self-help)。自助可能以反措施(countermeasure)为形式,也可能以反报(retorsion)为形式。传统上的平时封锁和干涉行为已经被认为缺乏合法性,但自卫仍然被国际法明确接受。通过国际共同体有组织地实施制裁,最主要的方式就是通过联合国的机制,但其范围是有限的,而且在安理会的框架下运行,受制于大国的否决权。弗里德曼认为,在一个“合作的国际法”体系中,在国家共同参加国际组织或安排以推进共同利益的机制下,可能以“排除利益”的方式予以制裁。例如,世界银行可以采取不再给予发展援助的方式制裁一国歧视外国投资者或征收其投资不予补偿的行为^①。20世纪中期以后,在人权、贸易、裁军、核武器等领域初步形成了一些监督国际法运行的机制,这对于国际法而言已是很大的突破了,但即使是这样的突破,也还存在着多种局限。首先,所有这些监督机制都不是普遍使用的,而是以条约为基础。绝大多数的人权机构都被称为条约机构(treaty based bodies),对于条约之外的国家毫无约束力。加入了这些条约的国家也可能以保留的方式排除掉某些执行措施。《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》和《非洲人权与人民权宪章》所构建的区域机制在这一点上表现得更加明显。人权监督机构中涉及范围最广的应属联合国,它建立起了基于

^① 参见 W.G.Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York: Columbia University Press, 1964, pp. 88, 91。1972年,英国就因坦桑尼亚未归还被国有化的英国财产而建议世界银行推迟给予坦桑尼亚贷款。

《联合国宪章》而采取行动的机构,被称为宪章机构(charter based bodies),2005年以后成立的人权理事会所形成的“普遍定期审议机制”具有更大的适用范围,但其参加方仍以联合国的会员国为限,理论上仍然是非普遍的。WTO的贸易政策审议机制(TPRM)就更是一个成员之间的体制,裁军、核武器等问题均不例外。这意味着,没有某个国家的认可,此种执法机制是不会涉及这个国家的。其次,这些体制对参与其中的国家的约束力并不强,制裁能力较弱。虽然这些条约确立了报告、审议、核查等机制,但对于存在问题的国家并没有确立明晰的法律责任,国家只是在自身名誉的范围内考量对条约的接受和对法律的遵从。所以,国家遵从国际法主要是一种横向的力量,也就是国家之间的相互制约和主体间性,而未能建立起一种垂直的力量,没有建立起强有力的超国家体制^①。

国内法院适用国际法是国际法实施的有效方式,例如关于国家及其财产豁免、外交豁免的问题经常通过国内法院予以判定,而且当国际惯例和一些具有现实执行性的条约被接受为国内法的一部分的时候,这些规范也会被国内法院所适用。但是,并非所有的国际法规范都能在国内司法体系中适用,例如关于武力使用的合法性就很难在国内法院审理。一国法院在何种情况下会适用国际法,这一点没有共同的标准。

国际法所确立的秩序并未得到完好的实现,这一问题在守法阶段更加明显;大多数国际法是靠国家自觉、自主、自愿履行的,自身并无强制措施,也没有设置有力的监督体制。虽然19世纪以后兴起了国际仲裁,20世纪出现了一系列的常设和临时国际审判机构,21世纪建立了具有一定强制性的国际刑事法院,但这些进展并没有从根本上改变国际法靠各国自愿遵守的状况,并没有对国际法的软弱特性带来质的变革。不仅仲裁必须以当事国的同意提交为前提,常设国际法院和国际法院的管辖权也是建立在自愿的基础上的;几个特别的刑事司法机构都带有明显的选择性和倾向性,不能算是国际法自身的强制性,可以说是胜利国、大国意志的体现;国际刑事法院则至今仍未得到中、美、俄等大国的认可和接受。这种运行体制的缺陷必然带来国际法约束力的不足:很多违背了法律的情况在世界上明显存在,却没有受到惩罚,而且很可能不受惩罚。一些大国明显违背了国际社会的规范,却依然我行我素。值得关注的是,国际法院成立初期处理了阿尔巴尼亚与英国之间的“科孚海峡案”,阿尔巴尼亚没有履行判决,其负面影响是巨大的^{[66][67]53-54}。

(四) 国际法是不对称的规范体系

国际法的运行具有高度的不对称性。由于国际法的分散、协定、弱法特征,导致大国与小国在国际法面前存在明显的不对称性,即强权政治的特征。在这样一个总体格局仍然是无政府的世界中,大小国家均希望国际法维护自身利益,但具体的态度和立场是不同的。大国更欢迎一个没有严格国际法的世界,不希望总是被既存的国际法所约束。因此,大国可能会在立法环节影响法律的内容,如果自己的利益未被充分重视和保护,则采取忽视和违背法律的方式。大国以更大的影响力按照自己的意志塑造国际法,在国际法真正呈现出来时,如果未能完全符合其意愿,它们会选择不参与此项规则,因而此项规则无法对其产生约束。很多伦理目标良好的国际法体系都未能获得大国的支持,例如美国不批准《经济、社会文化权利公约》、不参与《京都议定书》就是如此。即使加入了某项国际规则,大国也可以按照自己的意志与利益去解释规则,为自身违背规则的行为作辩护,美国在2003年对伊拉克采取武力时所提出的“预防性自卫”(或称

^① 这里的一个例外情况应属欧盟。欧盟的立法体制仍有国际民主的基础,但其法律的运行具备高度的超国家性,所以有学者认为欧盟已经不再是国际组织,而是自成一类。

“先发制人的自卫”)的说法就属于这一模式。如果确实违背了规则,辩护又不太容易,则设法从程序上为自己开脱或拖延相关程序,以保证相关利益。在国际法院审理尼加拉瓜诉美国关于武力和准武力措施的案件中,美国的表现属于开脱;就连被学界和实务界看好的 WTO 争端解决机制也存在这样的问题,一些大国明显违背自由贸易的规范,实行保护主义,虽然判定其违背 WTO 规范,却不能追溯性地采取措施,因而大国的贸易保护目标照样能实现。在 WTO 中,欧盟、中国等成员诉美国钢铁保障措施的案件中,美国的表现就属于拖延。小国则更希望国际法内容清晰,程序明确,希望国际法可以平等地约束各个国家。它们希望扩大呼声,在国际立法环节努力使法律维护和表达其利益,并以法律为依据要求其权益。因为自身无力与大国抗衡,只有团结一致,方能在国际立法上取得一些有利的进展。但这些规范能否真正发挥作用,在很大程度上取决于大国的意愿。也就是说,小国在法律没有充分表达其利益的时候,也很难明显地违背法律规范。更为严重的是,小国即使没有违背国际法也可能会招致祸患,甚至灭顶之灾。英美诸国对于伊拉克并不存在的大规模杀伤性武器所进行的核查以及此后的武力打击就说明了这一点。

六、结论:碎片化的现实与硬约束的理想

综上,国际法可以被界定为政治与伦理相结合的一种技术手段,它体现了国际政治博弈的道德引导和国际道德价值的政治约束。尽管国际法与国内法存在广泛而深刻的差异,总体上看还处于比较初级的阶段,但也必须看到,半个多世纪以来,国际法在内核未变的前提下也在不断地发展和进步。国际法在国际体系中的作用在加强,因为国家之间在经济上日益相互依赖,而每一个独立的国家在互利、互惠的理性基础上与其他国家展开交往时,最佳的博弈结果就是转向合作,确立规范,增加交往的可预见性^{[68]400-404}。所以,国家之间出现争议之后总是会以国际法作为根据。例如,中国与菲律宾的黄岩岛问题、中国与日本的大陆架之争等等,都凸现了国际法作为解决国际争端的依据的重要作用。在这里可以套用一句人们常说的话:国际法不是万能的,但没有国际法却是万万不能的。

由此,可以论断:国际法是一把界限基本清楚的尺子,虽然没有形成非常强硬的防护网,但有了这个尺度,就能够识别出哪些国家的行为是正当的,哪些国家的行为是不正当的,这要比根本不存在这把尺子好很多。虽然国际法明显比国内法薄弱,不具有强大的独立实施机制,但依然为国家提供了一套外在的相关规范,在国际关系行为中提供法律参考。尽管存在各种差异,所有国家都成了国际共同体的成员^{[13]7}。虽然有的国家不一定总是遵守,但会尊重这些尺度,它们从来没有表示过“国际法不是法律”、“国际法根本没有约束力不值得遵守”,而是试图在国际法的体系内为自己的行为进行辩护。它们会说,某些规则并不是该国所应当履行的国际法;某些规则尚不是被普遍接受的国际法;国际法规范的实际含义是这样而不是那样的;它们的行为是一般国际法规范所接受的例外,或它们所遵行的国际法是正在发展出来的新规范。国际法在第二次世界大战之后迅速发展、扩大,处理的事务领域日益广泛。新兴领域包括海洋环境保护、对他国的武力使用、南极的领土权利、外太空的使用、儿童的权利等等。如今,没有什么领域的国际关系不需要国际法,国际法已经成为处理全球事务时不可或缺的力量。当然,由于国际法是弱法,它带来的责任不一定总会被落实。

国家之间不断地缔结并实施双边、多边条约,参与建立并遵行国际组织的规范,在国家实践中,使用国际法的机会在不断增多。各国外交部设立条约法律机构,雇佣专职人员、法律顾问,并非毫无必要。国际组织和非政府组织对于编纂国际法也作出了重要的努力。一个完善的国

际体系需要更加明确有效的规则,这是国际法的前景。但是,在一个仍然处于无政府状态(虽然这并不意味着无序的混乱)的国际社会之中,国际法没有一个世界政府给予支撑,所以不可避免地体现出分散、协定、软弱、不对称的初级性,这是我们思考一切国际法律问题的起点和基本语境。

[参 考 文 献]

- [1] 中国大百科全书编辑部:《中国大百科全书·哲学》,北京:中国大百科全书出版社,1987年。[Editorial Department of Encyclopedia of China Press, *Encyclopedia of China: Philosophy*, Beijing: Encyclopedia of China Press, 1987.]
- [2] 罗国强:《国际法本体论》,北京:法律出版社,2008年。[Luo Guoqiang, *Ontology of International Law*, Beijing: Law Press of China, 2008.]
- [3] 王铁崖:《国际法引论》,北京:北京大学出版社,1998年。[Wang Tieya, *An Introduction to International Law*, Beijing: Peking University Press, 1998.]
- [4] 邵津主编:《国际法》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2010年。[Shao Jin(ed.), *International Law*, Beijing: Peking University Press & Higher Education Press, 2010.]
- [5] S.V.Scott, *International Law in World Politics: An Introduction*, Boulder: Lynne Rinner Publishers, 2004.
- [6] R.K.Gardiner, *International Law*, Harlow: Longman, 2003.
- [7] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆,1959年。[H.S.Maine, *Ancient Law*, trans. by Shen Jingyi, Beijing: The Commercial Press, 1959.]
- [8] H.Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, edited by K.W.Thompson & W.D.Clinton, New York: McGraw-Hill, 2006.
- [9] R.Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford University Press, 1994.
- [10] A.D'Amato, "Is International Law Really 'Law'?" *Northwestern University Law Review*, Vol.79, No.5-6 (1985), pp.1293-1314.
- [11] H.Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press, 1949.
- [12] H.Kelsen, *Principles of International Law*, edited by R.W.Tucker, New York: Holt, Rinehart and Winston Inc., 1966.
- [13] H.Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans.by M.Knight, Berkeley: California University Press, 1967.
- [14] P.Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London: Routledge, 1997.
- [15] J.Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London: John Murray, 1911.
- [16] J.Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London: John Murray, 1832.
- [17] M.W.Janis & J.E.Noyes, *International Law: Cases and Commentary*, St. Paul: West Group, 2001.
- [18] G.Williams, "International Law and the Controversy Concerning the Word 'Law'," *BYIL*, Vol.22 (1945), pp.146-163.
- [19] 本书编写组:《法理学》,北京:人民出版社、高等教育出版社,2010年。[Compilation Group of *Jurisprudence*, *Jurisprudence*, Beijing: People's Publishing House & Higher Education Press, 2010.]
- [20] 张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社,2011年。[Zhang Wenxian(ed.), *Jurisprudence*, Beijing: Higher Education Press & Peking University Press, 2011.]
- [21] H.S.Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London: J.M.Dent & Sons Ltd., 1917.
- [22] D.Boucher, *The Limits of Ethics in International Law: Natural Law, Natural Rights and Human Rights in Transition*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

- [23] L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York: Frederick A. Praeger, 1979.
- [24] T. J. Lawrence, *Essays on Some Disputed Questions in Modern International Law*, Deighton: Bell, 1885.
- [25] H. L. A. Hart, *Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- [26] D. Armstrong, T. Farrell & H. Lambert, *International Law and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 72 - 74.
- [27] 唐小松:《论现实主义的发展及其命运》,《世界经济与政治》2004年第7期,第9-10页。[Tang Xiaosong, "The Development of Realism and Its Fate," *World Economy and Politics*, No. 7 (2004), pp. 9 - 10.]
- [28] E. H. Carr, *The Twenty Years' Crisis (1919 - 1939): An Introduction to the Study of International Relations*, London: Macmillan, 1939.
- [29] G. Kennan, *American Diplomacy*, Chicago: University of Chicago Press, 1984.
- [30] K. Waltz, *Theory of International Politics*, New York: McGraw-Hill, 1979.
- [31] J. Mearsheimer, "A Realist Reply," *International Security*, Vol. 20, No. 1 (1995), pp. 82 - 93.
- [32] A. Slaughter, "International Law in a World of Liberal States," *European Journal of International Law*, Vol. 6 (1995), pp. 503 - 538.
- [33] A. Slaughter, "A Liberal Theory of International Law," *American Society of International Law: Proceedings of the Annual Meeting*, Vol. 94 (2000), pp. 240 - 253.
- [34] C. de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, trans. by P. E. Corbett, Princeton: Princeton University Press, 1957.
- [35] H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- [36] V. Kartashkin, "The Marxist-Leninist Approach: The Theory of Class Struggle and Contemporary International Law," in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, pp. 79 - 101.
- [37] L. F. Damrosch, G. M. Danilenko & R. A. Mullerson (eds.), *Beyond Confrontation: International Law for the Post Cold War Era*, Boulder: Westview Press, 1995.
- [38] M. Reisman, "The Constitutional Crisis in the United Nations," *The American Journal of International Law*, Vol. 87, No. 1 (1993), pp. 83 - 100.
- [39] R. St. J. MacDonald, "Rummaging in the Ruins, Soviet International Law and Policy in the Early Years: Is Anything Left?" in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice — Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1998, pp. 61 - 82.
- [40] S. Bahar, "Khomeinism, the Islamic Republic of Iran, and International Law: The Relevance of Islamic Political Ideology," *Harvard International Law Journal*, Vol. 33, No. 1 (1992), pp. 145 - 190.
- [41] M. A. Kaplan & N. de B. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York: John Wiley & Sons, 1961.
- [42] M. S. McDougal & F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven: Yale University Press, 1961.
- [43] G. Schwarzenberger, *Power Politics*, London: Stevens & Sons, 1964.
- [44] M. S. McDougal, "International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception," *Recueil des Cours*, Vol. 82 (1953), pp. 133 - 259.
- [45] T. L. Brierly, *The Outlook for International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1944.
- [46] J. Baylis, S. Smith & P. Owens, *The Globalization of World Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- [47] M. Koskeniemi, *The Politics of International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011.
- [48] J. L. Goldsmith & E. A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

- [49] W.D.Coplin, "International Law and Assumptions about the State System," *World Politics*, Vol.17, No.4 (1965), pp.615-634.
- [50] S.A.Watts, "The International Rule of Law," *German Yearbook of International Law*, Vol.36(1993), pp.15-45.
- [51] R.St.J.McDonald, "Foreign Policy, Influence of Legal Considerations," in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law: Vol. 11*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1995, pp.442-446.
- [52] R.Fisher, *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville: Virginia University Press, 1981.
- [53] R.Jennings & A.Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Harlow: Longman, 1992.
- [54] 罗国强:《普芬道夫自然法与国际法理论述评》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2010年第4期,第128-142页。[Luo Guoqiang, "Samuel Pufendorf's Theory on Natural Law and International Law," *Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)*, No.4(2010), pp.128-142.]
- [55] 李杰豪:《国际法道德:渊源与价值》,《求索》2008年第4期,第127-129页。[Li Jiehao, "Morality of International Law," *Seeker*, No.4(2008), pp.127-129.]
- [56] C.T.Oliver, "International Law, Morality and the National Interest: Comments for a New Journal," *American University International Law Review*, Vol.1, No.1(1986), pp.57-65.
- [57] A.H.Feller, "In Defense of International Law and Morality," *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol.282, No.77(1952), pp.77-83.
- [58] 古祖雪、李杰豪:《论国际法的道德保障》,《国际问题研究》2007年第5期,第26-30页。[Gu Zuxue & Li Jiehao, "Moral Safeguard of International Law," *International Studies*, No.5(2007), pp.26-30.]
- [59] J.Von Bernstorff & I.Venzke, "Ethos, Ethics and Morality in International Relations," in R.Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law: Vol.3*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.709-717.
- [60] D.Shelton, "Normative Hierarchy in International Law," *The American Journal of International Law*, Vol.100, No.2(2006), pp.291-313.
- [61] T.Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights," *The American Journal of International Law*, Vol.80, No.1(1986), pp.1-23.
- [62] S.H.Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- [63] M.E.O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms," in D.E.Childress (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp.78-103.
- [64] LYarwood, *State Accountability under International Law: Holding States Accountable for a Breach of Jus Cogens Norms*, London: Routledge, 2010.
- [65] M.Koskenniemi & P.Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties," *Leiden Journal of International Law*, Vol.15, No.3(2002), pp.553-579.
- [66] K.Bannelier, T.Christakis & S.Heathcote, *The ICJ and the Evolution on International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, London: Routledge, 2011.
- [67] M.Katz, *The Relevance of International Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- [68] B.Simma, "Reciprocity," in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law: Vol.7*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1984, pp.29-33.