

# 共进国际法：实然描绘、应然定位以及一些核心原则

易显河\*

**摘要：**本文详述作者的“共进国际法” (the international law of co-progressiveness)概念，先对这一概念作为世界的实然描绘和应然定位作出阐述，然后尝试鉴别出该法的一些核心原则。共进国际法是作者自创的术语，用来描述一种以下述精神为特征的国际法：包罗万象，因而是“共同的”(co)；在促进道德或伦理适度进步方面比在其他方面更为关注，且以人类繁荣为其终极目标，因而是“进步的”(progressiveness)。该法的最重要部分是对共进的倾向和对自我驱动或内在发动行为的强调；而对于进步，外部力量只起到一种吸引力的作用，促动内在发动行为的发生。在“合作、共赢”的框架里加上“共进”的精神会促使世界更加美好。

**关键词：**国际体系；国际法体系；国际法精神；共进国际法；内在发动行为

## I. 引言

1. 很高兴在此参加和平共处五项基本原则发表六十周年纪念活动并思考现时或许是未来国际法的发展。我在2001年初发表了《向共进国际法迈步》一文，自那以来，一直走在推进共进国际法的历程当中。<sup>1</sup> 在今天的发言中，我将首先着重从实然方面描绘我所理解的共进国际法 (the international law of co-

---

\* © 易显河，长江学者特聘教授，武汉大学中国边界与海洋研究院及国际法研究所首席专家，[世界]国际法研究院院士。本文系由作者在中国外交部和中国国际法学会2014年在北京联合举行的“和平共处五项原则与国际法的发展--纪念和平共处五项原则发表60周年国际研讨会”上的发言修改翻译而成。原文为 *The International Law of Co-progressiveness: The Descriptive Observation, the Normative Position and Some Core Principles*, 13 *Chinese Journal of International Law* (2014), 485-500，也是本人著作 *Towards an International Law of Co-Progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (2014) 的第一章。本文已在《法治研究》2015年第3期117-125页按要求的格式发表，在此稍作修改。翻译由易显书完成，由作者本人校对。作者特此向原出版社鸣谢。

<sup>1</sup> Sienho Yee, *Towards an International Law of Co-progressiveness*, in Sienho Yee and Wang Tiejia (eds), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (2001), 18-39. 该文中文版“向共进国际法迈步”，2007年发表于《西安政治学院学报》，长篇转载于《新华文摘》，2007年第13期，13-16页。本人努力的成果是发表了一系列论文，其中部分收录入下述论文集发表 *Towards an International Law of Co-progressiveness* (2004) (hereinafter, “Yee, Towards (2004)”) 和 *Towards an International Law of Co-Progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (2014)。本文的内容和措辞基本上从本人的早期作品吸收而来。

progressiveness)。共进国际法是我自创的术语，用来描述一种以下述精神为特征的国际法：包罗万象，因而是“共同的”（co）；在促进道德或伦理适度进步方面比在其他方面更为关注，且以人类繁荣为其终极目标，因而是“进步的”（progressiveness）。该法的最重要部分是对共进的倾向和对自我驱动或内在发动行为的强调；而对于进步，外部力量只起到一种吸引力的作用，促动内在发动行为的发生。接着，我将从对共进国际法的实然描绘转向共进国际法的应然定位，主张共进国际法不仅是统治后冷战时代国际关系的法，而且应当是统治国际关系的一般法。最后，笔者将尝试鉴别出一些共进国际法的核心原则。

## II. 实然描绘

2. 冷战结束后，人们努力探寻国际社会和国际法的性质。正如看待世界的方式多种多样，看待国际法的方式也多种多样。在 2001 年发表的上述文章中，我选择某一时点或时期的国际法精神，也就是展现于这一体系有机组成部分--主体、形成、内容、执行--以及其他方面的精神，作为考察国际法性质的中心和重点。也就是说，国际法的精神是我考察和分析的瞭望点。在冷战的顶峰时期，国际法精神的主题是共处（co-existence）；在缓和时期，是合作（co-operation）；而在后冷战时期的今天，则是共进（co-progressiveness）。由于继共处（co-existence）、合作（co-operation）之后缺乏一个理想的先存术语，我不得不自创“共进”（co-progressiveness）一词，以描述我所观察到的状况。共进世界（world of co-progressiveness）是这样的一种社会：包罗万象，因而是“共同的”（co）；在促进道德或伦理适度进步方面比在其他方面更为关注，且以人类繁荣为其终极目标，因而是“进步的”（progressiveness）。当然，无论哪个时期，其精神主题都不是我们唯一可以听到的旋律：在共处中有合作，共处是合作的背景乐，而共处与合作则是共进的背景乐。

3. 共存国际法主体主要是国家。其形成主要依赖于习惯国际法形成程序。其内容主要关乎自身的“独立存在”（separate existence），这自然而然会引致所有国家的“共同存在”（co-existence）。其执行基本上依赖于各国孤立和缺乏协调的行动，例如反措施（counter-measures），或最多是实施对等待遇（reciprocity）。和平得以保证，不过这是一种不自在的和平，或许是在“相互保证毁灭”的威胁下获得的。

4. 合作国际法开始涵盖更多的主体和/或参与者，例如个人，至少在某方面如此。其形成亦获得大量非传统法律形式的支持，例如君子协定（gentlemen's agreements）、声明（declarations），或软法（soft law），等等。其内容主要关乎促进国家间的缓和与合作及其相互利益。共同体利益理念伴随国际法对世权利义务观念（erga omnes）的出现而得以加强。<sup>2</sup>缓和时期，合作精神使数个重要概念的构

---

<sup>2</sup> Barcelona Traction, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, 3, 32, para.33 (“an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.”).

建成为可能。正如学者卧虎岗·夫理德曼（Wolfgang Friedmann）<sup>3</sup>指出的那样，其执行通常表现为某种形式的“成员资格制裁”（membership sanction），即一个合作共同体直接将怠于执行的国家从该共同体中开除出去从而剥夺其从共同体获得的利益。

5.就主体和/或参与者而言，共进国际法包罗万象，以致个人甚至非政府组织得以成为这样的主体和/或参与者，尽管未达最大程度。这使得，通过参与和影响，没有哪个参与者被排除于体系之外成为可能。这些新角色的参与以及创造性地援引联合国安理会决议成立国际刑事法庭等，或者，在某些人看来，甚至实行人道主义干预，或时下的保护的责任，促进了该法的形成。内容上，其在适度促进道德伦理进步方面，比在其他方面更为专注，并以最大限度的人类繁荣为终极目标，因此每个个体都能够而且愿意去实现有价值的追求或者实现对美好生活的向往。这可从那些重要规范的进一步具体化和大量协定的缔结当中得以反映。在该法中，实施成为重心，并越来越以某种“成员资格认同”（membership identification）和“形象制裁”（image sanction）为特征。前者中，一国希望被其所处的共同体认定为良好成员；后者中，各国和国际社会则寻求对违法者进行公开羞辱，以诱导它返回守法的道路。共同体利益（community interest）理念得以强化，在国际事务管理或者全球治理，或者简单地说，在国际法的实施当中的组织化或共同努力，同样得到强化。法治为确保权利义务被尊重付出了巨大的努力，在国际关系和法律中占有特殊的一席之地。

6. 该法的终极目标，正如其他任何社会一样，是人类繁荣。人类繁荣，指的是这样的一种状态，即某一个体，因某一有意义的事业、目标和价值驱动去过其生活。这一导向令我不满足于常说的消极自由（negative liberty）和积极自由（positive liberty）观念。探索价值内涵之途的努力不是来自于原子个人的任何先天品质，而是诱发于共同体，共同体的文化、历史和关系网，从这一意义上说，我主张考虑“诱发性自由”（induced liberty）的角色。如是，没有国家，个人就不会考虑诸多选择。主权观念因而渗透并左右人格认知。从这个角度看，强盛国体对于人类繁荣必不可少。我还相信，诱发性理念比我刚才所述还有更大的发挥余地。

7.当然，共进国际法的这幅图画并非完全白璧无瑕。这一体系的各个方面还存在很多问题，但该法的总体基调是共进。这些问题包括军国人道主义（militant humanitarianism）或人道主义干预（humanitarian intervention）事件时有发生。由于这些瑕疵或问题的缘故，当我在创作共进国际法一词时，对采用与其他术语相比（例如自由或民主）更为冷静的一词进步（progressiveness）感到如意。对进步（progressiveness）一词的选择，同时反映出我对某些激进的倾向或超道德化（这或许可以说是行进在国际关系中的某种超常速度，若然这是唯一的问题）并不满意。

8.自我的原文在2001年春天发表以来，世界见证了一些惊人的事件，诸如911事件和随后的反恐战争，“震畏”战法（shock and awe warfare），阿拉伯之春，极端天气条件（例如克特里娜飓风），网络攻击和混战（包括棱镜门丑闻），东海和南中国海地区更加紧张的局势，以及克里米亚并入俄罗斯联邦等。传统和非传统的挑战因此共同提醒我们世界尚未理想，同时使我们猛然意识到我们实际上坐在

---

<sup>3</sup> Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964), 88-95.

同一条船上，命运相同，面对共同的痛苦，共同的挑战和共同的抱负。尽管存在这些偏轨和弯路，国际社会的总体基调仍是共进，而国际法的进步仍在继续而没有退减，虽然我们现在比过去不断作更深刻的自我反省。

### III. 应然定位

9. 我希望已为共进国际法描绘了一幅美丽的图画，尽管运用的是粗笔触。这幅图画虽带有些许印象派风格，但假若它大体准确，我们可以从中得到什么？如果我们可以说，冷战结束以来主流国际法的实然面貌以共进精神为特征，那么我们从中可以提炼出怎样的应然主题？

10. 通常地，人们倾向于略去任何过渡性步骤而从实然描绘直接跳到应然定位，即在主张某物“是什么”的同时主张其“应当是什么”。不过，哲学家们很久以前就教导我们不应走得太快；我们必须为这一跳跃提供充足的理由。在此，我要说，对于共进国际法，其实我们可以作这一跳跃，并得出这样的结论：共进国际法不仅仅是统治后冷战时代的法，而且应当是统治国际关系的一般法。在此我将为这一跳跃提供一些我认为是令人信服的理由。

11. 首先，法律应尽最大限度，尽可能准确地反映社会的总体精神（相对物质现象而言），这是必不可少的。不然，普遍守法的状态将不存在，如此将无法以存活。由是观之，共进国际法做得比其他候选者要好。我对该法所作的实然描绘大体上是准确的。共存国际法（和平共处五项基本原则，尤其在“法律意念”（*opinio juris*）方面，成为共存国际法的强力促进者）被批评专注于各国的独立存在，而对促进国家间的联合和合作以及国际关系的组织化（现在全球治理中扮演着非常重要的角色）着力甚少。全球化法和合作法基本上以国际关系的物质方面为中心，而这当然不过是社会情景的一部分而已。

12. 第二，法律必须不仅要反映社会的总体精神，而且更重要的是，反映该精神中的优质部分。否则，该法是没有前途的；另一种法律将取代它。这一观点可从与被中国共产党党纲信奉的基本原则之一--党必须代表社会先进生产力和先进文化那里获得支持。<sup>4</sup>从这一标准看，共进国际法亦比其他候选者要强。如前所述，当今国际环境的精神之优质部分即是共进。我们不清楚，以和平或独立、平等、互惠为中心的共存国际法是否能够适当吸收了这一进步精神。专注于物质发展的其他“法律”，亦不能很好地完成这一任务。再者，人们认为，物质发展受财富积累和效率的驱动，不过最为杰出的法律经济学家理查德·波斯纳（Richard Posner）已经承认财富积累--至少，在我看来，对财富积累的单一追求--作为一种价值取向，已经面临强有力的挑战。<sup>5</sup>事实上，没有任何地方比亚洲能为这一观点提供更好的

---

<sup>4</sup> See <http://english.cpc.people.com.cn/65732/6758063.html> (“中国共产党是中国工人阶级的先锋队，同时又是中国人民和中华民族的先锋队。它是中国特色社会主义事业的领导核心，代表中国先进生产力的发展要求，代表中国先进文化的前进方向，代表中国最广大人民群众的根本利益。”).

<sup>5</sup> Richard Posner, 1997 Oliver Wendell Holmes Lectures: The Problematics of Moral and Legal Theory, 111 Harvard LR (1998), 1637, 1670 & n.62 (“I speak from experience. See Richard A. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 J. Legal Stud. 103 (1979), powerfully criticized in Ronald Dworkin, Is Wealth a Value?, in A Matter of Principle 237 (1985).”).

证据了：第二次世界大战之前和战争中日本建立大东亚共荣圈这一臭名昭著和灾难性的运动现在依然令我们记忆犹新。毫不夸张地说，对缺乏进步(progressiveness)意义的繁荣(prosperity)的追求是可怕的。因此，“共同发展”(common development)或“共同繁荣”(common prosperity)本身不应成为法律或社会的终极目标；共进应当是终极目标。促进发展(development)或繁荣(prosperity)的法不应成为统治国际关系的一般法；共进国际法应当是这样的法。

13.第三，法律必须能够通过为解决问题的运行提供框架和充分的理论基础从而帮助解决社会的紧迫问题。从这一标准看，共进法同样做得更好。例如，以国家的独立存在和孤立行动而不是国家间的联合和合作为重点的共存法，在面对共同挑战和共同抱负时很难有所作为，在此方面这需要高强度的全球规模的合作和组织化。强调平等和互惠的共存法，依对法律原则的通常理解来应对如习近平提出的大国关系或国际关系总体的新模式或样板，“共同但有差别”(common but differentiated responsibility)原则或大国在处理气候变化中的责任(在合理的权利义务框架下，某些国家须放弃某些权利或承担更大的义务)，或者领袖型国家的权力、义务和责任，将会遇到更大的困难。后一类型的问题同样存在于合作法，除非我们认为合作意指对所有问题均毫无准则地予以接受。共进国际法倾向进步，强调实施相称标准、开明的平等，以及强调分担共同命运和处理共同问题，为这些问题提供更好的分析，为解决这些问题提供更好的框架，为解决这些问题的实际运作提供更好的说法或理论基础。

14.最后，国际法应当不仅只是反映国际社会的总体精神，或甚至乎该精神中的优质部分，或者通过为问题解决的运行提供框架和充分的理论基础而帮助解决社会的紧迫问题，还应帮助改变国际社会使其更加美好。一些关心法律体系、社会体系或者总体格局运转的人士已以各种不同的方式表达这一理念。例如，一首不朽诗篇写道：

来点运气你我是否可以合谋  
抓起这可怜的世道，  
我们还不把它掷碎，然后  
捡起来捏得接近我们心胸的祷告！<sup>6</sup>

美国前总统肯尼迪据传曾经申斥拒绝其邀请担任美国首席出庭律师(Solicitor General of the United States)--美国政府在美国最高法院的首席出庭律师，多名后来成为最高法院法官--的著名宪法学教授保罗·佛莱恩德(Paul Freund)，其拒绝理由是早已打算去书写最高法院的历史，称他感到遗憾并以为保罗·佛莱恩德教授“会更喜欢创造历史而不是书写历史”。<sup>7</sup>人们当然记得马克思的教导：哲学家只是在

---

<sup>6</sup> 诗歌段落由易显河译。英文版为 The Ruba'iyat of Omar Khayyam, trans. by Edward Fitzgerald, as quoted in Georges Abi-Saab, Cours général de droit international public, in: 207 RCADI (1987-VII), 463: “[...] could you and I with fate conspire/To grasp this sorry Scheme of Things entire,/Would not we shatter it to bits—and then/Re-mould it nearer to the Heart's desire!”

<sup>7</sup> Time Magazine (Feb. 17, 1992, US ed.), 73; Baltimore Sun (June 6, 1993), 6C (1993 WL 7368883). 人们通常认为该教授拒绝出任首席出庭律师职位是肯尼迪后来拒绝提名其

用不同的方式解释世界，而问题在于改变世界。<sup>8</sup>人们很容易想到，国际法或许不应满足于它的“反映”角色，而应当在物质和道德伦理两方面催生全世界、全社会的进步。

15.就这一标准而言，共进国际法亦将比其他候选者做得好得多。从本文以下将要列出的核心原则中可以发现，共进国际法重点倾向于每一问题的进步而需要每个国家或合适的参与者对外与通常标准比拼进步或者至少对内与自身的标准或自身已取得的成就比拼。这将成为进步的自我驱动引擎。这样一来，该法强调自愿行为以及推动各国和人们行动的内在力量。可以说，这一强调所带来的发展不会是超常速的，但每个国家和参与者向前增长的每一步，必将令世界总量变得相当可观。再者，一些外在的诱导，而非胁迫，有可能给推动发展和进步的主要用内在动力的引擎加把马力。阿拉伯之春行动之后的一个时期里所发生的时事证明，当人们还没准备好的时候，我们不可能走得太快而跳进一个完美的世界里。这同样适用于那些被认为发生“宪政倒退”的地方，或许也适用于对于欧盟宪法宏大远景的踌躇。

16.作为一种温和的价值导向法，由于倾向于决策的内在自省以及外在的诱导而非胁迫，共进国际法大有希望胜任在未来挫败任何残酷的军事冒险或相似行动而将世界往上升和进步方向推进的任务，除行之于世的最基本价值，不会带来被人为强化了了的普世价值（steroidized universal values）或者那些人为强化了了的价值的实施，也就是说，这一进程不会导致人为和烦人的雷同横跨整个国际社会。对共同命运体以及自被《维也纳条约法公约（1969）》（中国系其缔约国）第53条编入以来一直流行于世之强行法概念的日益认可，使我们有把握说我们非常需要这样的一种温和的价值导向法；它只认可少数最基本的普世价值，那些是没有任何国家或参与者可以逃避的。不存在一些所有人共持的普世价值，便不可能存在共同命运。不共持一些基本的普世价值，任何国家或参与者均不能成为共同命运的有效促进者。事实上，最基本的价值通常已在国内法律制度中共持、促进和实施。一个在国内促进和实施共同价值观的参与者可能被问：为什么不在国际上也这样做？更难回答的问题是要对哪些基本价值观应当在世界促进和实施达成一致。作出那一决定只会是一项动态、强悍的任务，在这一任务中，国际体系或国际社会整体的所有参与者均应参与。

#### IV. 一些核心原则

17. 现在，我要探讨的是，哪些具体规则和原则构成共进国际法的一部分。我们知道，要列举可放入这一篮子的所有原则，对我来说是一个“不可完成”的任务。我将留待日后作进一步详述。毕竟我的原文题目是以“迈步”（Towards）开头的。可见，该法尚未完成形成，亦非一成不变。我们所指的只是向该法迈步的一个进程。自原文2001发表之前的挺长一段时间以来，对于何者构成该法的基本内容的一部分，我一直在不断地努力认识、阐述和提议。未来我将继续如此。眼下，我只是试图强调数项具有某种宏观或框架功效的基本原则并作一定的描述

---

填补最高法院空缺的原因。

<sup>8</sup> Karl Marx: Selected Writings (David McLellan ed., 1977), 156, 158: Theses on Feuerbach, pt. XI.

(不作具体的详述),这些都贯穿于我以前的著作和正在进行的努力当中。这些规则和原则被分成两大类型:基层行为规则,以及人们所称的次层次规则--这些规则处理基层规则的法律后果或基层规则的创制或变更。我更倾向于将这些次层次规则称为“系统规则”。如此分类可能不好理解且存在争议,不过,不管怎样人们都是这么做的。我将从第二种类型--系统规则或次层次规则--开始。

18.第一,处理具体问题时,国际法要尽可能地带有共进的倾向或偏向,也就是这样的一种精神:包罗万象,在道德伦理适度进步方面比在其他方面更为专注,且以人类繁荣为其终极目标。这一点起着作为体系及其构成部分--体系参与者,法律的形成,法律内容以及法律的执行--的综合定位指引的作用。

19.第二,进步将被同时从两个方面来衡量,即对内和自身历史上的成就,对外在全世界与体系的其他参与者的成就相比较,但这一进步的内容和步调应当考虑每个国家或适格参与者的特殊情况而最终应由该国或该参与者去调整,只要国际法的最基本义务得到遵守。这样的话,世界将保持丰富多彩,这本身即为一项最为重要的价值。进步应当由每个国家或参与者内在发动或自我驱动,也可由外部诱发(但不是胁迫)。对共进的倾向或偏向大有希望胜任担当各国或参与者某种自我驱动引擎的工作。不然,则可采取努力诱使其向进步推进。如果一项普遍的进步准则得以达成并被遵守,那将是理想的;不然的话,至少一国或参与者内部亦应取得了一定进步。如果各国或参与者取得了一定进步,纵使是在内部面对历史的比拼,联合不同国家和参与者所取得的所有进步,整个世界将处于良好的状态中。

20.第三,内在价值和工具性价值之间的冲突应当由决策者有意识地明确地去解决,尽可能优先选择一项更为重要但同时亦是一项适用的内在价值。<sup>9</sup>

21.第四,国际体系中每个国家或适格参与者(包括国际组织、区域性组织、文明,或许还有个人)均是权利的享有者或义务的承担者,这些权利义务在它们之间相互产生,亦产生于它们与国际体系,或者命运或利益共同的国际社会之间。<sup>10</sup>就此问题,某一参与者是否适格,将取决于特定情况。国家仍然是世界上基本和可以处理的终端单位,也是主要的国际法主体。国际体系和国际社会之间存在一定的区别;国际社会的利益和国际社会中所有国家和其他参与者的利益总量之间,亦如此。这些问题日后再讨论。无论如何,每个国家或参与者均有责任对国家利益或私利作一开明的评估和计算。国际体系是一项公共产品。对这一体系的维护,以及保持这一体系的较好的、适当的和稳定的运转,是绝对必要的,即使有纷争迭发的地区四散于国际社会周围。国际法律体系是国际体系的脊柱。联合国宪章则是国际法律体系的脊柱,而基于联合国宪章第 103 条,联合国安理会则成为这

---

<sup>9</sup> See Sienho Yee, *The Intrinsic and Instrumental Values of Diversity: Some Philosophical and Legal Considerations*, in: Sienho Yee & J.Y. Morin (eds), *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney* (Martinus Nijhoff 2009), 207-226.

<sup>10</sup> See Sienho Yee, *Sovereign Equality of States and the Legitimacy of “Leader States”*, in: Ronald St.J. Macdonald and Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism* (2005), 737-772. 关于从多样性的视角对这一体系的观察, see Edward McWhinney, *A New, Multicultural World Community and an Emerging New, Pluralistic World Order System*, 11 *Chinese JIL* (2012), 469-486; 关于文化和生活方式在这一发展过程中的角色, see Sienho Yee, *The International Law of Co-progressiveness and the Co-progressiveness of Civilizations*, 12 *Chinese JIL* (2013), 9-17.

一支柱因而亦是这一体系的终极保护者。创立联合国体系的目的无疑是为了保护“共同利益”和实现某些“共同目标”，这可从宪章的序言和第 1（4）条得到体现。宪章第 103 条是国际体系整体，或共同利益，或共同目标的重要性之终极体现，这是因为，该条将产生于宪章的义务置于产生于的所有其他协定义务之上。

“共同利益”理念很早以前就获得了进一步的认可，例如《防止和惩罚种族灭绝罪公约》，根据这一公约，依国际法院的说法，条约当事国“绝对拥有唯一共同利益”，<sup>11</sup>还有上述所说的“对世权利义务”。自冷战结束以来，“共同利益”理念一直不断在得到大力加强。各国已将《联合国海洋法公约》的“共同人类遗产”概念付诸实践。它们还确立和加强了国际贸易组织。现在它们正一起处理气候变迁问题。单独行动的国家亦已开始保卫共同利益。这可从近来的事件中看出一些端倪。其一是韩国和中国就日本向联合国大陆架委员会提交的关于冲之鸟礁外大陆架划界申请提出反对意见，<sup>12</sup>而这一区域远离韩国或中国所主张的任何区域。其二是最近的南极捕鲸案。澳大利亚针对日本的捕鲸项目在国际法院提起该案并胜诉。该案中，澳大利亚并不对日本捕鲸的水域主张主权或主权权利。<sup>13</sup>澳大利亚作为捕鲸公约的当事国的地位，对此公约的解释为该案争端事项，是否足以令其获得诉权没有被日本或国际法院作什么文章。韩国、中国和澳大利亚采取行动的立足点似乎以其在国际体系或者国际社会整体中的利益为根据，或基于这些争议中存在的体系或共同体利益。

22.第五，欲追求的平等应当是开明而非机械的或表面的平等；它在每一步骤均应基于一个与特定的待决事项和场合相匹配的恰当和进步的标准，以期同等情形能够得到最大限度的同等处理或得到精确处理，即所谓的“同样情同样对待”和“不同的情况区别对待”同时得到最大限度的尊重。因此，应当对基于某一恰当标准的合理差别论留有余地，<sup>14</sup>例如，标准可以体现对专业化，价值和智慧的适当尊重。当然，如何得出这样的恰当标准并非易事。每一参与者要平和对待并以微笑接受这样的合理差别，而不被嫉妒战胜理性甚至怒火中烧而大发雷霆。开明的平等的一个必然产物，是共同但有差别责任原则，该原则已引起人们的重视并在环境法中实施，尤其是在有关气候变迁的措施中。

23.第六，伟大国家和领袖型国家在国际体系中享有特殊的权利同时承担特殊的责任。它们对体系整体应做出特殊和重大的贡献，并确保其生存和正常运转。领袖型国家必须模范地遵守国际法并帮助规划或完善一个适当的世界远景并将之构建起来从而使人类繁荣可以得到最大限度的实现。<sup>15</sup>再者，在担当和平和安全，尤其是和平解决争端的促进者的时候，伟大国家或领袖型国家应当公平公正地行事，而不能偏向其同盟--这种偏向等同于土匪头目在其同伙和对手之间算账。联合国宪章授予安理会常任理事国非同寻常的权力，同样《国际刑事法庭罗马规约》

<sup>11</sup> Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, 23. 关于此概念引起的一些影响，see Sienho Yee, Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality, 10 Chinese JIL (2011), 503-530.

<sup>12</sup> See [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_jpn.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_jpn.htm).

<sup>13</sup> Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening), Judgment, ICJ Reports 2014, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=aj&case=148&k=64&p3=0>.

<sup>14</sup> Sienho Yee, Sovereign Equality, above n.10, 746-759.

<sup>15</sup> Ibid., 759-772.



第 16 条也作出令人注目的安排，<sup>16</sup>这些是伟大国家或领袖型国家在国际体系中具有特殊地位的体现。

24.第七，国际体系中的每个国家或适格参与者必须在每个方面遵守法治，在作出每个重要决定时最大限度地考虑法治因素。理想的状态是完美法治，意即在这种状态下，法律被遵守只是出于其为法律，法律是自觉行为的根本动因。<sup>17</sup>这需要法律的存在或法律概念与构成行为根本动因的法律以及被称之为完美法治的状态同时存在。种种要素的这种同时存在，以构成自觉行为根本动因的法律作为关注中心。“什么是法律”是一个重要的问题，且这一问题的答案取决于这样的过程，即社会上的参与者将法律内化至一定的程度以致将某种行为视作行动的准则，并将之用作评判行为（包括自我评判）以及要求行为与之一致的基础，而只有在此时，法律才得以产生。这一思想被哈特认为是一般的社会“规则”以及法律的内在方面。<sup>18</sup>这种内在化过程或许来源于，并受益于许多因素，其中之一可能是某些承认规则。当高压措施对法律过程的任何方面产生作用的时候，法治便已经被打破了，至少是初次被打破。每个国家或适格参与者必须尽最大努力去促进法治，不仅要制定具体的规则和建立具体的组织并确保其正常运转以便“秋后算账”，维持对法律的遵守，而且，也许更加重要的是，要“春时播种”，创立机制以便在作重要决定之前促进对法治原则的自觉遵守从而使这些原则渗透于、内化于或者被考虑入重要决策的过程。简言之，每一努力均应促使法律，充满共进精神的法律，成为自觉行为的根本动因。

25.关于基层行为规则，可以列举的就更多。以后我还要继续努力，为共进国际法鉴别出一系列核心原则。但眼下我首先暂且加上和平共处五项原则（如果已达可被识别为法律规则和原则的程度），也就是：互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处。<sup>19</sup>我还想加上联合国及在《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》中申明或重申的原则，<sup>20</sup>即：

---

<sup>16</sup> See Rome Statute of the International Criminal Court, <http://legal.un.org/icc/index.html>, art.16; Sienho Yee, A Proposal to Reformulate Article 23 of the ILC Draft Statute for an International Criminal Court, 19 *Hastings Int'l & Comp. LR* (Spring 1996), 529-537, reprinted in: Yee, *Towards* (2004), above n.1, 105.

<sup>17</sup> Sienho Yee, *The Perfect Rule of Law*, in: Yee, *Towards* (2004), above n.1, 41, 52-58.

<sup>18</sup> See H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 54-57, 79-91, 102-103. 哈特发现，某些人将规则的内在方面错误地曲解为“mere matter of ‘feelings’ in contrast to externally observable physical behavior”, *ibid.*, 57. 他说类似于受限制或强制那样的心里体验是可能存在的。说此之后他回应道：“But such feelings are neither necessary nor sufficient for the existence of ‘binding’ rules. There is no contradiction in saying that people accept certain rules but experience no such feelings of compulsion. What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behavior as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity, and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of ‘ought’, ‘must’, and ‘should’, ‘right’ and ‘wrong’.” *Ibid.*

<sup>19</sup> See 1954 Agreement between the People’s Republic of China and the Republic of India on Trade and Intercourse between the Tibet Region of China and India, preamble, as reproduced in China Institute of International Studies, *On the Five Principles of Peaceful Coexistence—Essays in Commemoration of the Five Principles of Peaceful Coexistence* (2004), 525.

<sup>20</sup> *The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA resolution

- 1) 各国在国际关系上应避免为侵害任何国家领土完整或政治独立之目的或与联合国宗旨不符之任何其他方式使用或威胁使用武力之原则；
- 2) 各国应以和平方法解决其国际争端避免危及国际和平、安全及正义之原则；
- 3) 依照宪章不干涉任何国家国内管辖事件之义务；
- 4) 各国依照宪章彼此合作之义务；
- 5) 各民族享有平等权利与自决权之原则；
- 6) 各国主权平等之原则；
- 7) 各国应一秉诚意履行其依宪章所负义务之原则。

26.我认为和平共处五项原则的确对上述列举的原则的创立作了贡献，<sup>21</sup>不过撇开这些原则是否已经完全涵盖和平共处五项原则不谈，我打算详谈两点：首先，国际体系中，一国或适格参与者通过与处于困境的政府进行对话或对其施加影响，而没有威胁或使用武力，以诱导其以更好的方式处理事务，或即使和反对派对话，从而促进和平解决面临之任何问题，这样的情形也并不是在干涉他国的内部事务。我不知道这听起来是否令人震惊，但我的确相信这一路径具有重要的含意且与上述（第19段）第二项有关共进的内部驱动和外部引导原则相一致。我高兴地看到中国在叙利亚的努力，例如派遣特使和叙利亚总统磋商，同时和反对派会谈，还有俄罗斯的努力，提供了证明这一观点的国家实践证据。俄罗斯和中国的做法现似乎在处理叙利亚危机中正扮演着一个重要的角色。据媒体报道，<sup>22</sup>中国参与了解决南苏丹内战的努力，这表明该做法可能正在被接受，甚至是被广泛接受，或朝这一方向发展。

27.第二，国际体系中的每个国家或适格参与者均负有合作的义务，目的不仅是要实现全面的睦邻友好和实施人类的共同福利事业，例如国际海底区域体制，而且更重要和更迫切的是，要解决紧迫的共同问题以及传统和非传统的挑战，例如反恐、网络战和气候变迁。这样的共同问题可能带来所有参与者都要受惩罚的灾难。这种合作义务由“不完全”状态向有约束力转移，随着相应的事项由第一类（共同福利）向第二类（应战共同问题和挑战）转移，而就后者国际法规则和原则可能课以其他的义务。这种合作义务应当根据面对的事项的性质，要处理问

---

26/25 (XXV) (1970), [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=E&Area=RESOLUTION).

<sup>21</sup> Edward McWhinney, *The Renewed Vitality of the International Law Principles of Peaceful Coexistence in the Post-Iraq Invasion Era: The 50th Anniversary of the China/India Pancha Shila Agreement of 1954*, 3 *Chinese JIL* (2004), 379-384; Milan Sahovic, *Codification des principes du droit international des relations amicales et de la coopération entre les Etats*, 137 *RCADI* (1972-III), 243-310.

<sup>22</sup> See Drazen Jorgic, *China takes more assertive line in South Sudan diplomacy*, Reuters, 5 June 2014, <http://www.reuters.com/article/2014/06/05/us-south-sudan-china-insight-idUSKBN0EG00320140605>. On China's role in general, see Dai Bingguo, *Asia, China and International Law*, 11 *Chinese JIL* (2012), 1-3. 关于与第三国的牵连， see Tom Ruys, *Of Arms, Funding and "Non-lethal Assistance"—Issues Surrounding Third-State Intervention in the Syrian Civil War*, 13 *Chinese JIL* (2014), 13-53; Stefan Talmon, *Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People*, 12 *Chinese JIL* (2013), 219-253.

题的严重和迫切性，及其对世界而言“共同”程度如何，而进行加强。在缺乏特别法的情况下，合作义务能够，以每一参与者能尽的最大努力为最低值，通过与国际环境法中的共同但有差别责任原则进行类比来作总体的衡量。

#### IV. 结语

28.总体上，通过实然描绘和应然定位，我将观点展示出来了，即共进国际法--一种充满这样的精神的法--处于一种包罗万象的状态，在促进道德或伦理适度进步方面比在其他方面更为关注，且以人类繁荣为其终极目标的法，不仅是统治后冷战时代的法，而且是统治国际关系的一般性的法。我同时鉴别出构成该法的一些核心原则。在此我不对这些描述和论断作总结，而想强调，上文的探讨清楚地表明，该法的最重要部分是对共进的倾向和对自我驱动或内在发动行为的强调；而对于进步，外部力量只起到一种吸引力的作用，促动内在发动行为的发生。

29.在例如利比亚和伊拉克等地方，战争与和平不停反复，特别彰显国际法、共进国际法的重要性。在大家熟知的尼加拉瓜诉美国案中，强大的美国对小国尼加拉瓜的指控的答复就充分体现出美国对国际法的重要性的充分认知。尼加拉瓜指控美国支持尼国内武装分子并在其港口布雷违反国际法，美国虽在案中半途而退，但是并没有主张不存在国际法，也没有说国际法虽然存在但美国就是置之不理，而是主张美国是在和萨尔瓦多针对尼加拉瓜进行共同自卫。美国的答复就是对国际法存在的认可，不仅如此，其还试图将尼加拉瓜一军，称事实上在依法行事的是美国，而非尼加拉瓜。国际法如是重要，以致世界头号大国也只能认同其重要性。美国最后输了，不是输在其不认同国际法重要，而是输在其行为并非如其所称，而是如尼加拉瓜所控。

毫不夸张地说，如果战争实际上是“政治通过其他手段的继续”，那么法律则可谓为战争通过其他手段进行而已，<sup>23</sup>而且，对一个真正的战略家来说，法律战即战争，且是战争更重要的部分。拿破仑主持制定了《拿破仑法典》并广泛应用于其军队所达之处。真正的战略家们似乎相信不仅权力出自枪杆子，而且权力只有在法律之下才能巩固。看样子，拿破仑对其法典的生命力十分引以为荣；传说其遗言包括：“我的帝国消失了，但我的法典犹存，我死而无憾了。”那一刻，其在法律上的功绩不只是仅能弥补其军事上的败笔。其法律帝国大有希望经久不衰且超越其军事帝国的前景令这个自傲的人物安然瞑目。那是一剂强药。法律战因而也是一场决定能否流芳百世之战。

当代战争的最激烈的战斗似乎不再是以通过武力打败一国或改变体制为目标--这通过震畏战法（一定没有人喜欢经历这样的痛苦但已经发生）可相对容易达到

---

<sup>23</sup> Cf. Carl von Clausewitz, *On War* (Alfred A. Knopf, 1993), 7-8 (“War is not an independent phenomenon, but the continuation of politics by different means”, as quoted by Peter Paret). On similar themes, Niccolò Machiavelli said in *The Prince* (Bantam 2003), 51: “The two most essential foundations for any state, whether it be old or new, or both old and new, are sound laws and sound military forces. [...]the absence of sound laws assures the absence of sound military forces, while the presence of sound military forces indicates the presence of sound laws as well. [...]”（“任何国家，不管新成立的，早已成立的，或新旧都一样，其最重要的两个基础是良好的法制和良好的军队。没有良好的法制保证则不会有良好军队的存在；良好军队的存在则表明良好法制的存在。”）

--而是以重建秩序，赢得人们的心思和心灵为目标的战斗。在这一战场上，倾向于共进以及强调自我驱动或内在发动行为的国际法扮演着特殊的角色。只有这样的法律才能帮助巩固稳定并使人性走向繁荣昌盛成为可能。