

复印报刊资料

国际法学

INTERNATIONAL LAW



2
6
8
INFORMATION CENTER FOR SOCIAL SCIENCES, RUC
中国人民大学
书报资料中心

2007年 第 7 期

· 月 刊 ·

D416



2007.7
(月刊)

主管: 中华人民共和国教育部
主办: 中国人民大学
编辑出版: 中国人民大学书报资料中心
中心主任: 邱金利
总编辑: 宋志明
副总编辑: 高自龙
学术委员: 程晓霞 朱文奇 邵沙平 余民才 章尚锦 徐青森 郭寿康 余劲松 董安生 赵秀文 韩立余 尹立
顾问: 董安生
责任编辑: 王立君 刘明昭
版式设计: 魏鸿瑛
地址: 北京市海淀区中关村大街甲59号文化大厦13层
通信: 北京 9666 信箱
邮政编码: 100086
编辑部电话: (010)82504550-2152
电子信箱: zfs@zlx.org
刊号: ISSN 1007-0532
CN 11-4267/D
出版日期: 每月 16 日
发行: 中国人民大学书报资料中心
发行范围: 公开发行
印刷: 北京天河印刷厂
订购: 中国人民大学书报资料中心营销部
订购电话: (010)82503438 82503439 82503440 82503441
开户银行: 华夏银行北京知春支行
账号: 81941031
广告经营许可证: 京海工商广字 0086 号
书报资料中心网址: <http://www.zlx.org>

国际法学

INTERNATIONAL LAW

录

特别推荐

- 2 向共进国际法迈步 易显河

理论探讨

- 15 论国际冲突法条约中的先决问题 王葆蔚
23 从实体到程序: 最惠国待遇适用范围之争 徐崇利

专题研讨: 国际刑事法院

- 33 中国关注的国际刑事法院问题 高铭暄、王俊平
38 国际刑事法院的独立性 宋相宪
41 国际刑事法院管辖战争罪中非国际性武装冲突 王秀梅

法学与实践

- 48 FTA 谈判中的陷阱及其防范原则 盛建明

WTO 法制专栏

- 55 WTO 执行争端次序问题: 双边解决和多边完善 余丽
60 WTO 转基因农产品贸易争端与欧盟转基因产品管制立法评析 李辉

比较法学

- 70 国际组织责任规则与国家责任规则之比较
——以联合国国际法委员会有关条款草案为视角 黄瑤

78 索引

向共进国际法迈步

易显河

摘要:国际法在主体、形成、内容以及执行等方面在每一特定时代都展现出一些特定的时代精神:在冷战的顶峰时期,国际法的主题是共处;在缓和时期,是合作;而在后冷战时期的今天,则是共进。“共进”(co-progressiveness)国际法包罗万象,因而是“共同的”(co);在促进道德或伦理进步方面比在其它方面更为专注,而且以人类繁荣为其终极目标,因而是“进步的”(progressiveness)。

关键词:共处国际法 / 合作国际法 / 共进国际法 / 国际法终极目标

一、引言

随着冷战的结束,关于后冷战时期的国际法和国际关系特征的著作雨后春笋般大量涌现。^①当笔者在前南斯拉夫问题国际刑事法庭担任李浩培法官的助理时,这一论题同样吸引了李法官的关注。笔者有幸能够聆听到李法官关于世界“将如何”以及世界“应当如何”的见解。在这篇短文里,笔者不对现行讨论作详细的评述,而希望为当前的争论添上一笔。笔者注意到,如果仅从单一的角度去看世界,那么世界是不完整的;但如果面面俱到,世界则显得松散离析。尽管如此,限于篇幅和论题的性质,笔者还须运用粗笔触,以印象派的风格书写本文。

考察与定义国际法的方法多种多样。方法之一,便是考察国际法的性质和功能。譬如,Guggenheim 就认为“国际法是调整国家间关系的一切法律规范”。^②考察国际法的另外一种方法,似乎颇有价值,是探求(不管是以国际法的性质或功能为出发点)展现于国际法的主体、形成、内容以及执行之上的每一特定时代架构的国际法精神。以此作为考察的中心,我们有理由说,在冷战的顶峰时期,国际法的主题是共处;在缓和时期,是合作;而在后冷战时期的今天,则是共进。当然,无论哪个时期,其主题都不是我们唯一可以听到的主旋律: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。

共处与合作的观念并无多少新意。不过,共进的观念似乎不多为人提及。其实,“共进”(co-progressiveness)^③这一术语系由笔者自己创造;笔者之所以创造这一术语,是因为继共处(co-existence)、合作(co-operation)之后,没有一个比之更为理想的术语,而其它常用术语,如“全球化”,尽管能较好地描述时下发生的各种现实状况,却不能准确把握我们的时代精神。共进的法包罗万象,因而是“共同的”(co);在促进道德或伦理进步方面比在其它方面更为专注,而且依笔者之见,以人类繁荣为其终极目标,因而是“进步的”(progressiveness)。

在以下的章节里,笔者将对共处、合作和共进国际法在立法参与、立法过程、基层行为规则内容(primary rules of conduct)、执行方式方法,以及以遵守国际法之原始义务(the prima facie obligation to obey the law——这通常被认为是一种道德义务)为中心的学术讨论等方面的特征,逐一作一“速览”,以分别对这三种国际法展开讨论。最后,笔者将对笔者本人所理解的共进国际法之终极目标及实现该目标的条件进行论述,以此结束本次讨论。

二、冷战的开始与共处国际法^④

自以现代单一民族为主的国家开始登上历史舞台以来,共处似乎成为各国关注的焦点,今天这仍在继续,没有退减。在冷战走向登峰造极的时期

里,对共处的关注消耗了政治家们的大部分精力,但除了力以保障国家存在外,他们似乎少有他。传统地,共处似乎是指各国的“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)。随着冷战的出现,共处呈现出新的景象。国际关系的道德化导致两极世界的产生,而这个时期的共处似乎意味着两大意识形态体系——由自由国家组成的资本主义体系以及由(在某些人眼里的)专制国家或(在另一些人眼里的)高度集权国家组成的共产主义体系之间的对抗、竞争和共处。^⑤每个体系都决意扩大其影响,不仅要征服人们的思想、精神,而且要征服领土。在某些人看来,资本主义体系围绕共产主义的堡垒——苏联和中国,在东方从南韩到日本、台湾、香港和印度尼西亚,在西方沿东西方两大集团的分界线,成功地构建了一道包围圈。以核大国为后盾的两大体系的对抗产生了各方均可能摧毁对方及整个世界的巨大恐惧。这种恐惧对任何一方均产生神秘的力量,迫使一种不自在的和平出现于两者之间。

无庸讳言,在这个时期,国际法是用以保证国家独立存在的工具。国家,即使不是唯一,也是最主要的国际法主体。尽管国际法长期以来一直关注个人的利益(Paquete Habana 案^⑥、Grisbadana 案^⑦,以及第一次世界大战后一些国家被迫实行的旨在保护少数者和个人权利的体系,^⑧是这方面的例证),个人并不被认为具有国际法主体资格。这是当时的主流观点,尽管《联合国宪章》宣告了崇高的目标,《世界人权宣言》也宣示了广泛的个人权利。个人的主体地位,主要体现在,个人成为各种各样的国际公约和习惯国际法的义务承担者,^⑨个人在纽伦堡审判和东京审判中成为被告。另一方面,联合国在依据《联合国宪章》获得令人生畏的明示权力,并依据国际法院在损害赔偿案(Reparation)^⑩的咨询意见中所作的解释获得暗含权力的同时,也获得了法院管辖之完全豁免权。如此看来,只有国家才是“完全”的国际法主体:那些能同时为国际法上的权利享有者和义务承担者的。

主要的立法模式似是习惯国际法程序。各国独立地阐明其确信为国际法的观点后依此实施,或者纯粹就是先采取行动,然后再运用法律理据来为其所为进行辩护。在这种情况下,力量越是强

大的角色,在习惯国际法发展历程中留下的足迹就越为深重。^⑪而小国,由于天赋不厚,在这一过程中不足以成为竞争者。

基层行为规则(primary rules of conduct)的内容也是国家导向的。大部分规则事关如何确认一国为国际法之独立单元实体以及如何界定和保护其领土及权能^⑫——用一个词来概括,即“主权”(sovereignty)。在《联合国宪章》中可以找到这样观点的表述,而中印两国倡导的和平共处五项原则(the five principles of peaceful co-existence),即互相尊重领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互惠、和平共处的原则,^⑬则是其详尽的解释。这样,每个角色都是一个分离、独立、主权的实体和独立自主的系统,就像一个完全只有自我的孤岛。即便是这一时期发展起来的民族自决(self-determination)概念,也基本上依附于作为独立实体的国家存在。^⑭

国际法的执行主要依赖于基本上建立在制裁威胁基础上的自助(self-help),包括反措施(counter-measures)和报复(reprisals)。执行因此亦对强国有利;同时即使以最乐观的看法,其效果也不会理想。集体执行的可敬尝试导致国际联盟及其“继承人”联合国的产生。不过,前者以失败告终,后者也没有逃脱瘫痪的命运。尽管如此,联合国的产生毕竟是国际法和国际关系史上最重要的一块里程碑。对使用武力的垄断并使其遵从法治原则的尝试无疑是任何社会成熟的一个标志。

国际法的这种状态在这个时期关于遵守国际法之原始义务的讨论中多被提及。令学者们充分发挥其想象的常常是同意(consent)。不过,两大体系间的不自在的和平显示,这样的同意充其量不过是迫不得已的或不情愿的默许罢了,至少在冷战顶峰时期如此。而且,通常地,国家的同意只会是“暗含的(implied)”或“蕴藉(implicit)”的,因此并无多大的实在意义。最能反映共处国际法之精神的似乎是 Briefly 的观点:

所有法律的约束力的最终解释是,任何人,无论他是一个单一的个体,还是在一国中与他人交往的一员,只要他是一个理性的动物,他就非得相信,秩序,而非混乱,乃是他赖以安身立命的世界之统治原则。^⑮

这一论断可以概括为一个词语:必要性(neces

sity)。在当时(尤其是冷战时期)的这种国际关系的普遍环境下,很少有人不赞成这种观点。

这或多或少是对付孤立、缺乏协调的行动的国际化的一幅图景。^⑥然而,主要由于必要性的存在,国际法还是努力维护了最低限度的国际秩序,尽管道德化的声音十分尖锐、刺耳。依条约或集团内部习惯进行的集体协调尝试,并没有取得很大成功。虽然调整协调、共同的行动的规则越来越引人注目,但这些规则并没有有效地打乱调整孤立、缺乏协调的行动的规则一统天下的局面。

三、缓和时期与合作国际法^⑦

也许认识到双方均不能在短期内消灭对方,两大对立体系从20世纪60年代早期^⑧开始为缓和两者之间的紧张局面作了巨大努力。两大主要对手,美国和苏联,开始“迈出小步”,互向对方示好,以期解决裁军的实际问题。它们的努力扩大到经济、文化、环境等领域的合作。这种精神随后波及其它国家并在那里得到加强。随着两大体系的主要角色认识到社会和经济结构的差异不成为,也不需要成为共处或合作的障碍,这种情况伴随国际关系的非道德化而出现,或者说是国际关系非道德化的结果。两大体系的对抗虽然还憋在心头,积怨难消,但强度,至少在措辞上,减弱了。简言之,一种合作的气氛降临大地。和平,虽然有点异样并受到相互威慑的强制,占了上风。

在这个时期里,受合作精神的影响,国际法向前迈进了一大步。这种精神本身也反映在国际法的内容上。首先,国际法的参与者急剧增加。第三世界的出现及其成员对国际社会大家庭的加入不仅扩大了国际间的交流与交往,且为国际法争论提供了大量的新观点。^⑨它们成为联合国大会中的多数,且致力于利用这一多数追求正义和发展事业。它们的事业有助于合作的促成,并促使国际法变得精细和缜密。这可能也是国际组织数目激增的因素。最后,个人被带出国家的禁猎区,也就是说,国内管辖,个人的权利和苦难,越来越受到国际社会的关注。个人开始在欧洲人权法庭和美洲国家人权法庭上行使程序上的权利。他们的努力促进了国际法的发展。

缓和时期见证了“无穷多样性”(infinite variety)的国际法的成长。^⑩习惯国际法程序仍然保持其活

力,不仅充实了现存的一般规则和原则,而且产生了新的规则和原则或使之成型,例如外层空间法中的种种概念^⑪、群岛国家体系(the regime of archipelagic States)^⑫、以及人类共同财富概念(the concept of common heritage of mankind)^⑬。习惯法的形成条件在某种程度上降低了。特别是,针对时间考验必要因素之说,“即时习惯”(instant custom)概念^⑭被提出来了。最后,国际法院似乎特别重视“深受影响”(specially affected)^⑮国家的实践。虽然这个“深受影响国家”(specially affected State)概念的含义还不完全清楚,但它与 de Visscher 所暗示的那个可称之为“足迹深重国家”(heavy footprint State)概念^⑯形成对照。我们知道,并非所有“深受影响的国家”都是最为强大的国家,“深受影响国家”概念可能会起到使习惯国际法程序平等化的作用,不管这一作用会是多么的微小。群岛国家体系的出现就是这样的例证。

然而,习惯国际法形成程序虽然重要,缓和时期却是一个条约、无拘束力协议、联合国大会和国际会议宣言的时代。为对现行或新兴规范进行编纂——如强行法概念(jus cogens)^⑰,并创新新的规范——1982年《联合国海洋法公约》中的种种准则,这一时期内国家制定了大量的条约和无拘束力协议。无拘束力协议和宣言本身虽然没有法律上的约束力,但可对国际事务的参与者产生一定的强制力,因而被称为“软法”(soft law)。当 Baxter 在1980年运用“无穷多样性”(infinite variety)这一短语描述国际法的时候,脑子里想着的正是上述种种法律文件。^⑱

由于国际法的这种无穷多样性,缓和时期也是一个“相对规范性”(relative normativity)^⑲时期。国际法的各种不同形式的拘束力的这种层级,如超规范强行法(super norm jus cogens)、一般拘束力的法(ordinary binding law)和软法(soft law),使 Weil 感到担忧,并导致其著名的异议的产生。^⑳然而,“相对规范性”过去是国际法的状态,现在还是如此,尽管这一事实不太悦目。^㉑其二,条约、无拘束力协议及宣言中的规范的模糊表述看似“空虚”,但它们会逐渐具体化并发展为习惯国际法。^㉒其三,国际法的这种状态可从其它方面理由那里得到辩护。首先,牢记 Weil 所反对的规范状态中的层级是针对调整国际社会不同方面的不同类型法律而言的是重要的。^㉓要达到国际法的每一方面之拘束力的划一,国际社

会的立法者必须能够达成可适用于国际社会的每个方面的规则,不管是明示还是默示,才有可能实现,但这是不可能的。因此,替代 Weil 所标榜的“相对规范性”的只会是国际生活的更多方面不受法律支配的状态。这种剧本并不吸引人。对国际社会来说,能就其行动具体方面的相关问题达成一致而修订多少法律就接受多少,并继续在未来为其寻求适当的升级,相对更好。^④

这一时期见证的不仅是国际法形式的增多,而且是国际法内容(包括具体义务方面以及一般性规范方面的内容)的激增。事实上,这是一个规范的创造和完善的黄金时代。^⑤这得归功于合作精神。正是合作精神使各种条约的缔结和“规范”的完善成为可能。这种精神如此强烈,以致其被表达为一种“义务”(duty),不管这一术语在此究竟表示何种意思。于是,著名的 1970 年《友好关系与合作宣言》宣布:

各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作,以期维持国际和平与安全,并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作。^⑥在这些领域里的每一领域,都有大量的宣言被发表,条约被缔结,规范被重申或创造。^⑦首先是促进和平共处事业方面的规范,包括有关裁军和防止武器扩散,以及欧洲领土争端解决方面的规范。其次是促进经济和文化进步以及一般福利事业方面的规范。1982 年《联合国海洋法公约》的出台,可被看作是这方面的例证。再次,在这一时期里,大量的人权公约被缔结,宣言被发表,包括 1966 年的两项人权公约、《反酷刑公约》、《侵略定义》、《赫尔辛基最后文件》,以及《消除对妇女一切形式歧视公约》等。在这方面,欠发达国家,强调社会和经济权利,因而作出了重大贡献。又次,民族自决成为国家争取独立和平等,以及一国内部差别族群争取平等(具体体现为“内部自决”[internal self-determination]^⑧思想)的战斗口号。最后,环境问题,^⑨和可持续发展概念一道,^⑩开始引起了各国的关注。

很明显,如果这些规则和义务得到遵守,孤立、不协调的行动将转变为共同行动,从而走上集体执行的道路。首先,国际义务和规则的增多,结果使国际体系的顺利运转成为一个“共同体利益”。^⑪在“对世权利和义务”(erga omnes)概念^⑫以及随之而来

的“受害国家”(injured State)概念^⑬的扩张中,可以觅到“共同体利益”(community interest)概念的影子。这将使依习惯国际法进行的国际法集体执行变得更为容易一些。第二,在缔约体系中,执行方式通常为“不许参与”(non-participation)或“成员资格制裁”(membership sanctions),^⑭包括终止某个成员在特定“共同体”中的成员资格或将其从该“共同体”中开除出去。其作用常常是使某一成员失去合作所带来的特定利益,而不是施以与该体系运作无关的制裁。不过,“成员资格制裁”的涵义更为广泛,比如将外国投资引离某一成员。

合作的精神如是,以致很少有人对国际法的拘束力提出挑战。即便是那些违法者也试图运用国际法来为其行为作辩护,这就是国际法的“内在方面”(internal aspect)^⑮确实存在的证据。也许由于这个原因,国际法学者在这一时期对遵守国际法的原始义务问题相对缺乏兴趣。Franck 认为,义务感主要来源于“身份”(status),义务是“伴随共同体成员资格而来的一种必要的附属回赠物”。^⑯这一论断似乎是 Brierly 和 Fitzmaurice 提出的必要性论断的重申。^⑰是主流法理学家们,^⑱例如 John Finnis,^⑲提出了一个“法即协调”(law as Co-ordination)的理论。这一理论,基本上是源于功效(efficiency)的一种争论,最能把握合作的精神。然而,尽管人们或会同同意功效(efficiency)可促成人们对法律的接受和遵守,但由于功效(efficiency)是否构成一项遵守法律之一般性原始义务(a general prima facie obligation to obey the law)的根据尚未清楚,这一观点还存在争议。这一理论既可被认为过于狭窄,因为功效(efficiency)有时必须让位于其它考虑,譬如强行法的禁止性规定;也可被认为过于宽泛,因为它不能解释为何一个驾车者在夜阑人静,没有其他人迹的时候,被要求遵守法律而在红灯前停车。Raz^⑳争辩说,功效(efficiency)并不构成一项遵守法律之一般性原始义务的根据。在他看来,并不存在这样的一般道德义务;存在的只是对于共同体的归属感炼成对法律的尊重。不过,这种归属感,是一项效忠本分(a duty of loyalty),而非一项道德义务(a moral obligation)。Finnis 提出一个本质上属于“有效于公正”(effectiveness for fairness)的论断进行反驳,指出法律的部分目的是要在共同体的成员之间维持一种真实而非表面的

公正。^④没有人会不同意公正(fairness)是一个目标,但人们同时又被以下问题难住了:究竟是这一目标本身,还是以实现这一目标为目的的有效性(effectiveness),构成一项遵守法律之一般性原始义务(a general prima facie obligation to obey the law)的根据?不过,在国际法学者以后的讨论中,后面的这两种争论也许会在不知不觉间得到回应。

大体说来,这是国际法为共处和合作而协调行动的一幅画图,并代表着国际法上的一个进步。无疑,国家自身利益(self-interest of States)使这成为可能。另外两个因素,即新兴独立国家的出现及国际关系的相对非道德化,似乎也对这一进步作出了巨大贡献。至于后者的贡献程度如何,则只能由人们去猜测了。不过,正如孟德斯鸠(Montesquieu)早就指出的那样,这种“软态和软道德”(soft manners and morals)自然有助于提升人性。^⑤

当然,这一时期并非一切都完美无缺。在非洲,存在资本主义和社会主义体系相互争夺势力范围的斗争;在尼加拉瓜,在越南,存在悲剧性的干预,并带来了苦不堪言的灾难;还存在运用国际法在集团内部推行压迫的尝试,例如尼加拉瓜案(Nicaragua)中美国提出的行使集体防卫过度主张^⑥以及 Brezhnev 主义^⑦的登台。但这些只是例外,且范围窄小。

四、后冷战时期与共进国际法

缓和时期占上风的平静并没有持续很久。卡特总统上台后,其高举的人权旗帜开始使国际关系重新道德化。当里根上台并号召最终打败罪恶的苏联帝国主义时,这种重新道德化的进程大大加速了。正在中国及世界其它地方实行的改革诱发要求更广泛的改革和更多自由的骚动。与此同时,苏联阵营的灾难性经济现实,和轻率改革带来的痛楚与震动在一起,最终导致资本主义体系的主要对手崩溃,冷战因此结束。

后冷战世界是一个难以分类的复杂多变的世界。^⑧从政治角度看,大体上说,两极的冷战世界已经变成一个由美国主宰的近乎单极的世界。然而,俄罗斯、中国、在某种程度上说,法国,带头冲锋,为实现多极化作了大量的实质性的努力,尽管多极化还没有完全实现,如果何时能实现的话。这种形势

无疑为霸权留下空间。从经济角度看,明显地,全球化运动如火如荼,并产生了一个包含所有国家和地区相互依存的世界经济。然而,这个世界经济的组织好像是一个无政府主义的自由市场。尽管无限制的资本主义所产生的不良后果已为政治家们^⑨和资本主义者^⑩所阐明,国际金融组织和国家提供经济援助时,却无视这一事实,同样以采取措施加强这一体系为条件。再者,某些地区出现的带有民族自决和人权味道的个别特性主义,导致不少国家崩溃,给巴尔干地区和某些非洲国家带来了混乱和莫可名状的灾难和痛苦。信息技术的进步不仅有助于人们加入世界共同体,而且可能对过分道德化和对某些特别群体的妖魔化起了推动作用,因而煽动人们对个别特性主义的热情以及对种族中心主义的向往,致使某些地区的悲惨形势更加恶化。

尽管如此,国际关系的发展方向是不断向前的。这在国际法的状态上得到反映,我们可将国际法的这种状态称之为共进国际法。共进国际法包罗万象,在促进道德和伦理进步方面比在其它方面更为专注。最显著的特征之一,便是立法过程的参与者变得越来越广泛和平等化。国际法或许已最终成为世间普遍法,^⑪尽管有人提出应有特适于自由国家之间的某种法律,^⑫国际法参与者的数目保持增长。国家的分裂增加了国家的数目。全球化和科技进步为非政府组织和个人直接参与立法过程,尤其是缔约过程,铺平了道路。这可能对 1998 年《国际刑事法庭罗马规约》(《罗马规约》)^⑬和 1997 年《渥太华禁雷公约》(《禁雷公约》)^⑭的缔结起到了推动作用。这样的参与已经变得有量有质,并被认为代表着一个“国际性的民间社会”(international civil society)。再者,个人在国际法庭提交的案数前所未有的。他们的这些活动对国际法的发展作出了实质性的贡献。^⑮

然而,我们决不可忽视立法活动过程中出现的一些浑浊的方面。首先,“志趣相投集团”(like-minded groups)的出现,如《罗马规约》谈判过程中发生的一切(和 20 世纪七八十年代《海洋法公约》谈判过程中发生的一切相比所采取的方式更为“排他”),不仅与广泛参与的方向背道而驰,而且使集团自身丧失了接触到异议和宝贵意见的机会。这种现象带有一种充满低级敌意的歧视性味道。虽然立法过程中的联盟自古有之,且基本上不应该受到反

对,但至少应当向所有有关各方开放其讨论,这样的联盟才有可能真正获得成功。其次,尽管有使参与国际法立法过程变得更为广泛的作用,非政府组织不断增长的影响力,也给这一过程带来了诸多不妥之处,使其变形变态。^⑥非政府组织有自己的目的,且常常无须为任何上层公民组织负责。其在立法过程中的输入,既不是国家的输入,也不是其公民的输入。这种程序的结果因而可能不体现“法律意念”(opinio juris)的状态,而且在国家内部实施起来,也会遭到强烈的抵制。

尽管不够确切,习惯国际法似乎在继续其如上所述的“平等化”(egalitarianizing)过程。但是,具有重大意义的是,在核武器案(Nuclear Weapons)的咨询意见^⑦中,某些核大国奉行的核威慑政策并没有获得已成为习惯国际法的司法认可。鉴于“深受影响国家”不仅包括核大国自己,还包括那些很可能要对这些可怕武器的任何使用所产生的后果承受痛苦的非核国,这似乎可被看作是“深受影响国家”概念的一个蕴藉的运用。

立法过程的这一进步与立法形式的变化颇为匹配。虽然条约和习惯国际法仍然保持其主导地位,但求助于安理会决议和一般法律原则的努力值得注意。创造性地运用安理会决议成立前南国际刑事特别法庭和卢旺达国际刑事特别法庭显得特别引人注目。这一方法一方面绕过繁琐的立法程序,另一方面置这些措施于《联合国宪章》第七章的庇护之下而开辟了新天地,从而给整个事业增加了有效力量。^⑧这些决议是否构成“法律”,法律的重述,或者单纯的义务,还有待定夺。大概由于条约和习惯国际法还没有对这些法庭所要处理的特别问题进行过实质处理,这些法庭的成立促使人们越来越多地去求助于一般法律原则。^⑨这种新发展已开始为国际法填补空白并使其更加缜密。

这些进步自然充实了国际法基层行为规则(primary rules of conduct)的内容。然而,这不是一个创造规范的时代,而是国际法伟大理念具体化的一个时代。正如一位评论家所指出的那样,国际法的基本框架已建立,国际法现正进入一个在夹缝中发展的阶段。^⑩实际上,要在这个时期找到重大的新的国际法规范是困难的。即便是最为成功的实例,如《国际刑事法院罗马规约》和《渥太华禁雷公约》,也

是运用现存规范的结果。^⑪为人道精神干预^⑫和民主^⑬创设权利的尝试似乎时下还停留在尝试阶段。

不过,国际法伟大理念的具体化的成果也令人印象深刻。为改善共处和合作条件的努力仍在继续,这可从就国际安全和国际经济问题所达成的种种协议那里找到明证。但更为重要的是,这些成果表明,国际法不仅仅在经济和物质方面,更在道德和伦理方面,致力于建立一个更加美好的国际社会。例如,虽然“国际贸易组织协议”已为贸易全球化建立起一个体系,但这些问题似乎已经退到了后台。驾驭全球化的方式、手段已经变得技术化,尽管消耗了大量精力,充其量也只是眼前好戏的一半而已。贸易对劳工的社会影响、人权、环境、民主和良好治理等^⑭似乎已经走向中心舞台。^⑮有迹象表明,个人在社会和经济方面的权利正开始受到更大的关注。处理这些问题的诸多宣言被发表,条约被缔结,而做得更多的呼声不断增强。总而言之,这些问题是引人注目的,并已冲动了政府参与者和非政府活跃分子的心胸。

第二,“差别责任”观念,尤其是在环境法方面,认同了能者多为的观点和已在过去充分利用自然资源的发达国家在更大程度上比不发达国家需要对某些行为进行节制的观点,^⑯使可持续发展概念增色不少。乍一看,这一“差别责任”原则似乎违反了法律不差别对待主体的重要原则。但经考虑,我们便会发现,“差别责任”原则实际上是国际法上的一个进步。把能力与责任连结在一起时,这一原则对能力相对小的不要求太多,对能多做贡献的不要求太少;把过去行为与责任连结在一起时,这一原则则努力使“惩罚”得当。当然,这一原则必须根据具体情况审慎运用。如果被滥用,这一原则将会成为多数压迫少数的工具,因而可能退而堕入可让Weil理直气壮地担忧的“相对性”状态。

第三,对个人不管是战争时期或者是平时期的权利的保护均已成为诸多条约、协议和司法决定,以及其它缔约机关的决议的主题。也许这现已成为国际社会关注的焦点。^⑰在这些法庭决定和缔约机关的决议,以及新近达成的协议(例如《罗马规约》和《禁雷公约》)中,人权法和人道法已经获得前所未有的完善和具体化。^⑱留在1949年《日内瓦公约》及其1977年附加议定书之间的人道法空隙正



在被填补。这些努力不仅加大了对个人权利的保护,同时也加强了个人的责任体系。

第四,不单单个人权利,集体权利也被摆到了显著位置。尽管在这一领域实施了大量的活动,但我们说在这一领域没有获得什么新发展并不为过。^④殖民统治或外族奴役下的民族自决的传统方面不再成为问题。一个民族或少数群体有权进行内部自决,即对一国范围内属于自己的事务进行自治的观点看来已有足够的支持。^⑤现有法律文件,如果作合理的全面的解读,支持这样的观点,即外部自决(也就是独立)属于一国领土内所有民族的权利。^⑥一个建立于《友好关系与合作宣言》中所谓的“挽救条款”(saving or safeguard clause)基础上的有趣论调,认为在极端情况下被压迫少数群体有权进行外部自决(独立),^⑦在科索沃危机中并没有得到国际社会的认可。在那里,阿尔巴尼亚族人的悲惨境况引发军事干涉,但他们的独立要求并没有得到国际社会的支持。相反,国际社会对于保证科索沃居民(主要是阿尔巴尼亚族人)的内部自决似乎感到知足。在未来立法过程中,我们应当软化为外部自决赋予过宽权利的诱人要求。这基于以下考虑:首先,在当今世界上,很少再有纯粹的民族领土留下。其次,假使走向其逻辑极端,这一权利或者会给世界带来混乱,或者必须在某个地方被强行停止下来。再次,同意授予这一权利的论调建立于这样的观点之上,即一个群体如果不同于另外群体即有权独立,这似乎略有种族主义的味道。又次,即使哲学家们也没有对外部自决具有工具性价值或内在价值达成共识。^⑧

最后,也许也是最重要的一点,国际关系中的法治已在国际法中占有特殊的一席之地。一从冷战的瘫痪中解放出来,安理会便开始大施拳脚,以致人们担心其会滥用权力。为使它得到适当的控制,人们作了大量努力,这反映在学者著作中^⑨、诉讼^⑩和缔约之中。从某种意义上说,这些努力似乎是对强权的反抗,也反映了国际事务不断朝平等化方向发展的趋势。这些努力是否会成功有待观察,但现在我们可以指出的是,国际法院拒绝裁定它对安理会的决定不具有司法审查权,不过其亦从未声称拥有这样的权力。^⑪也许《国际刑事法院罗马规约》第16条是这些努力的最出色成果。该条否定这样的观点,即安理会应对国际刑事法庭的行动行使否决

权(像国际法委员会原先建议的那样),同时把行使否决权的通常效力扭到了相反的方向。^⑫否决权的通常效力是二战以来国际关系和国际法富有特色的一道风景线。美国曾经大力活动,力图修改这一规定。而国际刑事法院是否能像预想的那样运作,也还有待观察。令我们也不能确定未来的国际刑事法院将如何对16条进行解释。

如果说后冷战时期不是一个创造规范的黄金时代的话,那它是一个国际法实施的黄金时期。这在国际和国内层次上都发生了,包括武力(如“沙漠风暴”行动)和非武力措施。^⑬这些措施是对公然违反禁止使用武力原则(如伊拉克),更重要的是对严重违反人权法和人道法的反应。前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭是安理会集体执行国际法的成功实例。再者,作为司法解决争端的传统场所,国际法院案件清单中的案件数量空前庞大。这些案件不仅涉及传统的国家间的争议而且涉及人权争议。国内法庭开始实施国际法,这可以从前南士兵在德国和瑞士被起诉,从 Pinochet 案(在该案中,在智利犯下罪行的 Pinochet 在英国治病时遭受西班牙的百力引渡)^⑭和依《美国外侨损害赔偿法》提起诉讼的不断增加的民事案件中得到证明。如果被严肃对待并得以遵循,Pinochet 案将会对人权法的实施产生最为深远的影响。而且,在某些方面,人权法的实施并没有因为时间的流逝而停止,如对大屠杀(Holocaust)受害者进行赔偿和归还原物案件。最后,成员资格制裁,如将某些特定国家排除于国际组织的活动之外,正继续适用。但这并非毫无异议。这些制裁的目的似乎是要表达道德上的义愤,而不是要剥夺一个成员的实际利益。相应地,对违反国际法,包括人权法和人道法的行为的公共谴责也越来越多。这些正在适用的成员资格制裁和公共谴责可称为“形象制裁”(image sanctions)。如果这样的公开羞辱对决策产生一些积极影响,这是一个有价值的工具;如果它只不过是对他国进行妖魔化的一种手段,这在一些人心目中会滋生玩世不恭的态度,而在另一些人心目中则可能产生仇恨,因而不利于国际法的实施。

所有这些发展表明国际关系和国际法中的共同体利益正得以加强。对世权利和义务的观念无疑已经确立。^⑮由于各国表示了不但实施自身权利而

且代表国际共同体其它成员行动的意愿,其实施亦开始表现出希望。这可在如下事实中得到反映:一些国家开始在国内对国际犯罪提起公诉,尽管这些国际犯罪并没有对其造成“实际的”损害。^⑧还有人提出了取消单方采取反措施之权利的建议,尽管这可能不会取得成功。^⑨

共进的大貌,还在涉及遵守国际法之原始义务的讨论中得到反映,虽然这些讨论并不直接研究此义务。公正已引起极大关注,^⑩尽管国际法学者们是否已将其论证成为生成遵守国际法之原始义务的因素,还未清楚。其次,各国似乎对证明其作为声望良好的国际体系中的一员而存在感到关注,这种关注有助于确保遵守国际义务。^⑪因此,各国均努力争取成为国际组织的成员,大力避免在人权委员会的决议中被打上违反人权者的烙印而遭抹黑,尽管这些决议在性质上是没有拘束力的,只要一个国家摆脱孤立并对国际社会产生反应,彼此之间将相互影响,期望是好的影响。无论称之为“明暗调和”还是“构成主义”的成果,这都只是语义学上的问题。对形象的这种关注是否完全摆脱世俗利益的考虑不得而知,如前所述,孤立于国际体系意味着一国“潜在的经济增长和政治影响将不会被实现”。^⑫不过,Raz 较早前的关于忠于共同体的本分观念已经生根。^⑬然而,严格地说,这种本分观念并不构成一项遵守国际法的原始义务的根据,而只是这样做的一个动机。作为一个动机,对形象的这种关注似乎在一个国家的物质生活达到较高水平的情况下会最为奏效。此外,沉迷于“形象目标”会引发过分热情并产生不良后果。

这一时期并非白璧无瑕。实际上,它受到了操作过分和严重失误的困扰。首先,共处的法律框架正在遭到破坏;建立国家导弹防御体系和战区导弹防御体系的动作可能重新引发军备竞赛,从而威胁着国家间的共处。这些动作,与拒绝放弃首先使用核武器联系在一起,使其纯属防御性质的说法不好为世人推销。如果这个问题得不到适当的解决,共处将会重新引起我们的关注。

其次,国际关系的过分道德化致使一些国际法参与者在表现其自由主义性质或道德优越地位时过分热情。例子之一,便是北约对科索沃的人道干预。干预发生时,北约成员主要以道德根据而非法

律根据来为其干预作辩护,随后又拒绝把它认作先例。^⑭人道主义干预的法律权利不会产生诱人效果,因为它会导致在拥有 200 多个国家的世界里每个国家都将擅自干预他国领土,因而将世界推向痛苦境地。^⑮这样的剧情对人权并无任何益处。它会把人权的理想变为幻想。第二,人道精神干预理论固然可以迎合人们目击暴行发生时产生的想去做某事的强烈欲望,但是,如果历史有任何指导作用的话,人们需要在造成大量意外死亡(几乎总是干涉的后果)和让人们慢慢忍受痛苦(可能是不干涉的后果)之间作出选择。明显地,这不是一个令人羡慕的选择。然而,对科索沃干涉中的死难者(包括阿族和塞族)而言,这可能是一个容易的选择。如果现实世界上存在干净的成功的干预,就是说干预没有造成或造成少量人员(至少平民)伤亡后果的话,法律和道德的算盘可会是敲得不同的。另一个例子是,“自由”法律框架,如民主政体、自由市场、“良好治理”等,在有关各国做好准备之前的过激实施。^⑯这些努力似乎给自由主义带来了不好的名声。我们或许可将这种自由主义称为“军国自由主义”(militant liberalism)。它披着诱人的自由主义外衣,其本质是不宽容,不负责任。

第三,虽然国际法的实施重新焕发活力值得称许,但其过分政治化的性质令人担心。对严重违反人道法犯罪的起诉的选择性给人一个印象,即纽伦堡和东京的胜利者的正义(如果这是一个正确的批判的话)或许已变为在安理会达成一致的条件下的正义。^⑰非洲罪行的受害者的伤痛与苦楚一直被人忽视,对其的关注姗姗来迟,而亚洲的受害者基本上还处在被遗忘的角落里。臭名昭著的“种族灭绝传真”(genocide fax)^⑱和对二战中西方与东方受害者赔偿的差异将成为对风行世界的平等正义的控告状词,或者从总体看来也许是国际法实施的败笔。

最后,令人遗憾的是,国际法院在使用武力的合法性案件(Legality of Use of Force cases)^⑲中拒绝南斯拉夫提出的临时保护措施请求时,以援引过分延迟作为唯一理由,拒绝考虑两个双边条约。明显地,国际法院的这一行动是注重程序公正的结果。在一般情况下,注重程序公正是值得称许的。但是,当炸弹从高空倾泻,桥梁坍塌,民用车辆被撕成碎片,平民不断死亡之时,也正是当南斯拉夫在提出

请求之刻,如此实现程序公正,付出的代价似乎太过昂贵了。国际法院如此行事是否因为其认为南斯拉夫来到法院时手脚可能已经肮脏不堪,不得而知。然而,国际法院决不能仅仅因为其政府,即申请临时保护措施的一方,被控或实际上犯下恶行,就无视个人的困苦。较好的一种行动渠道,是发一决定,要求所有争议各方,包括南斯拉夫和北约成员国,避免违反国际法。根据那些条约的条款,这似乎是国际法院权力范围之内的事情。

这些问题令笔者在将该法称为共进国际法时甚为犹豫。但这些问题只是例外。更为重要的是,其中的一些问题需要客观对待。举例说,由于任何一个社会都不可能完全实施所有的法律,国际法的实施也具有内在选择性。而且,有迹象表明,过分道德化和过分热情已经平淡下来。譬如,“无赖国家”(rogue States)的称谓现已为“问题国家”(States of concern)所取代。^⑥

五、共进国际法的终极目标

在对国际法,从共处法到合作法、共进法——一种包罗万象,在道德和伦理进步方面比在其它方面更为专注的法,作一素描后,现对共进法的终极目标及其实现条件(这并不十分明显地体现在该法的形式和内容上)进行论述,以使这幅图画更为完整。

笔者认为,任何社会或法律(包括共进国际法),都以人类繁荣作为其终极目标。要在这篇短文里对这一观点作充分的论证是不可能的,但只要指出这一观点大体上与共进国际法的现状相符,尤其与人权运动相符,且这也是不少严谨的哲学家和政治学家所持之观点,也就足够了。^⑦

人类繁荣与个人自由关系甚大,或者说依赖于个人自由,但事情远远不止于此。就像人们已经指出的那样,为自由本身去追求自由是空洞的,对大多数人来说,“需要有值得追求的事业,需要有值得去完成的任务”,或者再可加上一些需要实现的价值或善行。^⑧这种更为广泛的观念就是笔者所指的人类繁荣。

当前的共进法为人类的繁荣提供了很好的条件。然而,国家(至少一些)目前已露迹象的衰落对此没有任何裨益。很多自由派作者的观点假设国家与个人之间存在斗争,因而过分强调或老是惦记着

“消极自由”(negative liberty),而忽视了国家在为“积极自由”(positive liberty)的行使提供环境和条件之过程中所起的重要作用。^⑨再者,作为共同体之典型代表的国家,其文化和历史,不仅为自由的行使提供环境和条件,而且为自由的行使赋予内涵。^⑩换句话说,对很多人来说,属于一国乃其人格之重要组成部分,没有国家,他们将不成其为“全人”。探索自由内涵之途的努力不是来自“原子”个人(atomic individual)的任何先天品质,而是产生于共同体,共同体的文化和历史。从没有国家个人即不会考虑到诸多选择的角度来说,也许我们可将这样的自由称之为“诱发性自由”(induced liberty)。^⑪从这个角度说,强盛国体对于人类繁荣必不可少。^⑫

第二,当代人权运动为人类繁荣作出了巨大贡献。然而,由于在大多数情况下都强调权利,尤其是公民和政治权利,人权运动是有缺陷的。如此强调权利至少存在两个方面的缺陷。第一,有时究竟谁是权利的享有者并不清楚,这会对其实施产生一定的困难。相反,确认和履行责任相对容易。第二,更重要的是,权利是个被动的概念。相反,责任则是一个主动的概念,而履行责任比行使权利更容易构成行动的理由。因此,将人类责任法和人权法结合在一起可更有效地促进人类繁荣。

强调公民和政治权利虽然重要,但这忽视了一个事实,即如果没有社会和经济权利,公民和政治权利的行使将受到严重限制。这样的强调已经造成反常局面了:在某些国家,人们所享受的公民和政治权利虽然可被认为是完美无缺的,但夜晚走在大街上却不得不为其生命而担惊受怕。或许现在是需要更加努力提高国内与国际上的社会和经济权利水平的时候了。看来需要一个重新分配资源的适当的法律框架,除非将此留给那些具有“不完全义务”意识(a sense of "imperfect duty")^⑬去帮助不幸者之士的善举。这是一个最难在国际上执行的任务。

最后,一个能真正发挥作用的民主政体或许能为人类繁荣提供最好的条件,因为它为个人参与政体的生活提供大量机会。基于这个原因,我们可对民主的影响力在不断增长(无论以何种名义或打着何种旗号)^⑭以及民主政体有望成为世界上最流行之政府形式的事实,感到高兴。然而,我们必须记住的是,民主存在潜在的危害。不是别人,正是 Kant

提醒我们民主固有的“专制”本质。^⑥ 我们不需要哲学家们告诉我们民主的不足。民主证明政府权力正当性的工具性价值还没赢得普遍的认可,^⑦ 其内在价值看来也还没有令人信服地确立起来。^⑧ 而民主能如何在总体上应用于国际组织或国际社会的管理,就更不清楚。所有这些忠告我们在输出某一牌子民主时要小心谨慎。当一个特定的政体主动接受并适度实行民主的时候,民主的缺陷可以得到矫正,其潜力也可得到最大限度的发挥。

笔者希望已为共进国际法,一种包罗万象,在道德和伦理进步方面比在其它方面更为专注,依笔者之见,以人类繁荣为终极目标的法,描绘了一幅美丽的图画。如果不因未来可能迷惑我们的所有有关情况而偏离正轨,该法无疑将有助于世界变得更加美好。

注释:

①参见:例如, E. McWhinney, *Shifting Paradigms of International Law and World Order in an Era of Historical Transition*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*; 多篇文章, in M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics* (2000); S. Marks, *The Riddle of All Constitutions* (2000); T. Franck, *The Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism* (1999); R. Higgins, *International Law in a Changing International System*, Cambridge LJ (1999), 78; H. Owada, *The Problem of World Public Order through the Prism of the United Nations*, in Boutros Boutros-Ghali *Amicorum Discipulorumque Liber* (1998), 551; id., *Justice and Stability in the International Legal Order*, Japanese AIL (1996), 1; J. Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, fait et valeurs*, Cours général de droit international public, 274 RCADI (1998), 9; Symposium: *The Changing Structure of International Law Revisited*, 8 EJIL (1997) & 9 EJIL (1998); R. Foqué, *Global Governance and the Rule of Law*, in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice* (1998), 25; *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission* (1997); I. Brownlie, *International Law in the Context of the Changing World Order*, in N. Jasentuliyana (ed.), *Perspectives on International Law* (1995), 49; V. Nanda, *International Law in the Twenty-first Century*, in *ibid.*, 63; E. B. Weiss, *The New International Legal System*, in *ibid.*, 83; A. Chayes & A. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* (1995); M.

Koskenniemi, *International Law in a Past-Realist Era*, Australia YIL (1995), 1; L. Damrosch, et al. (eds.), *Beyond Confrontation: International Law for the Post-Cold War Era* (1995); E. McWhinney & D. Ross, *From Coexistence to Cooperation* (1991); W. Michael Reisman, *International Law after the Cold War*, 84 AJIL (1990), 859; 多位发言人的发言, *International Law after the Cold War*, 84 ASIL Proceedings (1990), 156.

②P. Guggenheim, *1 Traité de droit international public* (2d ed., 1967), 1. 有关总论性的资料, 参见上注; I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed., 1998); M. Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, 272 RCADI (1998), 155; V. D. Degan, *Sources of International Law* (1997); R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (1994); G. Danilenko, *Law-making in the International Community* (1993); O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991); A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1971); W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (1964); H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 尤其是 208-31.

③鉴于英语不是笔者的母语, 笔者曾就该术语请教于几位母语为英语的人士。我们一致认为, 该术语虽不够完美和自然, 但比其他术语要好。

④主要参见 G. I. Tunkin, *Co-existence and International Law*, 95 RCADI (1958 (III)), 1; E. McWhinney, "Peaceful Co-existence" and Soviet-Western International Law (1964).

⑤参见 Tunkin, 上注; NSC68, in: US Dept of State, *1 Foreign Relations of the United States, 1950* (1977), 235-92, as summarized in D. Armstrong, *Revolution and World Order* (1993), 74-75.

⑥175 U. S. 677 (1900).

⑦PCA (1909), in 11 RIAA 147.

⑧关于该体系的简单介绍, 参见 F. Capotorti, *Human Rights: The Hard Road towards Universality*, in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (1983), 977, 979-81.

⑨个人曾被赋予程序上的资格, 即以权利人的身份出现于欧洲人权法庭。但直到1960年之后, 这才真正得以正常运转。

⑩ICJ Reports 1949, 174.

⑪参见 Charles de Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (3d ed. (1960), P. E. Corbett tran., 1968), 155. 或主要参见 M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules* (1999); 对比: M. Chemillier-Gendreau, *Humanité et souverainetés: Essai sur la fonction du droit international* (1995).

⑫教科书中的绝大部分专题论文均与这些问题有关。从这一事实中, 可以瞥见这些规则的重要性。参见: 例如, J. Brierly, *The Law of Nations* (2d ed. by H. Waldock, 1963).

⑬参见 F. Gao, *China and the Principle of Sovereign Equality in the 21st Century*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上文



第*注, 该文内第2注与相应的正文。

⑭参见 Tunkin, 上注④, 67-68.

⑮J. Brierly, 上注⑫, 56. 或参见 G. Fitzmaurice, *The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement*, 19 *Modern LR* (1956), 1, 8 ("The real foundation of the authority of international law resides similarly in the fact that the States making up the international society recognize it as binding upon them and, moreover, as a system that ipso facto binds them as members of that society, irrespective of their individual will."); H. L. A. Hart, 上注②, 87.

⑯这幅图画可与古典自由主义传统在西方法治以及国内统治进程中所扮演的角色相媲美。以个人主义和理智的利己行为为中心信条的古典自由主义传统, 对于西方法治以及国内统治进程的确定, 起了十分重要的作用。有趣的是, 当前的欧洲联盟法律秩序, 由于与外部世界相互联系, 被人指称与这一秩序具有“家族相似性”。参见 O. Spiermann, *The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order*, 10 *EJIL* (1999), 763, 778-79.

⑰主要参见 E. McWhinney, *The International Law of Détente* (1978); A. Cassese, *International Law in a Divided World* (1986).

⑱有人可能不赞同这一时间, 此从 McWhinney, 上注⑰, 70-71.

⑲T. Wang, *The Third World and International Law*, in Macdonald & Johnston (eds.), 上注⑧, 955; Armstrong, 上注⑤, 158-98; G. Danilenko, 上注②, 113-18.

⑳参见 R. Baxter, *International Law in "Her Infinite Variety"*, 29 *ICLQ* (1980), 549. 也参见 A. Cassese & J. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (1988).

㉑B. Cheng, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?*, 5 *Indian JIL* (1965), 23-45.

㉒Brownlie, *Principles*, 上注②, 190-91; Churchill & Lowe, *The Law of the Sea* (3d ed., 1999), 118-31.

㉓Brownlie, 上注②, 253-54; Churchill & Lowe, 上注②, 223-31.

㉔参见 Cheng, 上注⑱. Glimpses of this concept are discernible in *North Sea Continental Shelf*, *ICJ Reports* 1969, 3, paras. 73-74.

㉕ICJ, 上注.

㉖参见上注⑱; B. Cheng, *Opinio Juris: A Key Concept in International Law that Is Much Misunderstood*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*, 有关 the "dominant section" of the international community.

㉗维也纳条约法公约, 1155 UNTS 331, art. 53.

㉘参见 Baxter, 上注⑳. 或参见 O. Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements*, 71 *AJIL* (1977), 296.

㉙参见 P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77 *AJIL* (1983), 413.

㉚上注.

㉛参见 G. Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, 207 *RCADI* (1987(VII)), 459.

㉜Marco Sassòli 曾通过电子邮件与笔者讨论这一问题, 笔者对此表示感谢。

㉝另一类型的“相对规范性”, 参见与下注㉞相应的正文。

㉞这一难题, 在下文中有所讨论: A. O. Adede, *The Minimum Standards in a World of Disparities*, Macdonald & Johnston (eds.), 上注⑧, 1001.

㉟主要比较: Ph. Cahier, *Changements et continuité du droit international*, *Cours général de droit international public*, 195 *RCADI* (1985(VI)), 9.

㊱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, GA Res 2625(XXV), 1970, UNYB (1970), 788.

㊲主要参见 McWhinney, 上注⑰.

㊳参见上注⑱; A. Cassese, *Self-determination of Peoples: a Legal Reappraisal* (1995), 101-33.

㊴斯德哥尔摩宣言, U. N. Doc. A/CN. 48/14/Rev. 1, reprinted in 11 *ILM* (1972), 1416.

㊵主要参见 D. French, *Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibility*, 49 *ICLQ* (2000), 35.

㊶主要参见 H. Mosler, *The International Society as a Legal Community* (1980); B. Simma, *Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility*, in Y. Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity* (1989), 821; B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, 250 *RCADI* (1994(VI)), 217.

㊷巴塞罗那电车公司案, *ICJ Reports* 1970, 32, para. 33.

㊸ILC Draft Articles on State Responsibility, art. 40, *ILCYB* (1985(II.2)), 25-27.

㊹Friedmann, 上注②, 88-95; Chayes & Chayes, 上注①, 68-87.

㊺参见: 例如, *Nicaragua*, *ICJ Reports* 1986, 14, 98, paras. 185-86; H. L. A. Hart, 上注②, 54-57; 79-91.

㊻T. Franck, *Legitimacy in the International System*, 82 *AJIL* (1988), 753. 或参见 R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), 176-224, 有关 fraternity, integrity and political community.

㊼参见上注⑱与相应的正文。

㊽“国际关系与国际法”学派关于实现功效的方式方法的描述, 似乎错综复杂。参见 K. Abbott, *Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers*, 14 *Yale JIL* (1989), 335. 几乎到了后冷战, 这才姗姗而来。不过, 即使到了这个时候, 这些学者似乎也还没有把功效作为一项遵守国际法之原始义务根据特别地加以专门讨论。大体说来, 他

们假定其“善”，进而开始从理论上说明如何实现之。

④J. Finnis, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, 1 *Notre Dame J. of Law, Ethics & Public Policy* (1984), 115.

⑤主要参见 J. Raz, *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*, 上注, 139. 或参见 J. Coleman, *On the Relationship between Law and Morality*, 2 *Ratio Juris* (1989), 66, 75-78.

⑥J. Finnis, *Law as Co-ordination*, 2 *Ratio Juris* (1989), 102.

⑦Montesquieu, *The Spirit of Laws*, XX. i (T. Nugent tran. 1823). 或参见 T. Pangle & P. Ahrensford, *Justice among Nations* (1999), 160.

⑧参见 *Nicaragua (Merits)*, ICJ Reports 1986, 14.

⑨参见 McWhinney, 上注⑩, 124. 一些苏联作者提出, 这一主义代表的是“特殊”的习惯国际法, 甚至是强行法。关于对此的强烈批判, 参见 A. D' Amato, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!*, 6 *Connecticut JIL* (1991), 1 (<http://anthonydamato.law.nwu.edu/Papers-1/A914.html>).

⑩参见: 例如, J. Kurth, *American Strategy in the Global Era*, 83 *Naval War College Review* (2000), 7; O. Schachter, *The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law*, 36 *Columbia JTL* (1997), 7; K. Waltz, *The Emerging Structure of International Politics*, 18 *International Security* (1993), 44.

⑪政治家们一直在寻找资本主义和社会主义以外的“第三条”道路。如 www.users.dircon.co.uk/~thirdway/; www.dlcpipi.org/texts/pflib/porgsum.htm.

⑫参见: 例如, G. Soros, *The Crisis of Global Capitalism: Open Society Endangered* (1998).

⑬关于这方面的有关历史, 参见 G. Abi-Saab, *International Law and the International Community: The Long Road to Universality*, in R. St. J. Macdonald (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya* (1994), 31.

⑭参见: 例如, A. Slaughter Burley, *Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine*, 92 *Columbia LR* (1992), 1907.

⑮37 ILM (1998), 999; <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>.

⑯36 ILM (1997), 1507.

⑰与此同步发展的是: 最新政治理论的发展以及对于国家内部自治政体意义上的共和制与参与民主制的强调。

⑱参见 K. Anderson, *The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society*, 11 *EJIL* (2000), 91.

⑲ICJ Reports 1996, 226; 277 (Decl. Shi).

⑳Tadic Jurisdiction Appeal (2 Oct. 1995), 1 ICTYJR 353.

㉑参见 A. Cassese, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Na-*

tions, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*.

㉒V. Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the method and Character of Norm Creation Changing?*, in: M. Byers (ed.), 上注①, 207.

㉓《罗马规约》第16条或许是一个特例。参见下注④-④与相应的正文。

㉔参见 A. Cassese, *A Follow-up: Forcible Humanitarian Countermeasures and Opinio Necessitatis*, 10 *EJIL* (1999), 791; A. Cassese, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, 10 *EJIL* (1999), 23; B. Simma, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, *ibid.*, 1; C. Gray, *The Legality of NATO's Military Action in Kosovo: Is There a Right of Humanitarian Intervention?*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*.

㉕参见 B. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law* (1999); S. Marks, 上注①.

㉖参见 B. Brown, *IMF Governance, the Asian Financial Crisis and the New International Financial Architecture*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*.

㉗参见上注; J. Dunoff, *The Death of the Trade Regime*, 10 *EJIL* (1999), 733.

㉘D. French, *Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibility*, 49 *ICLQ* (2000), 35.

㉙这在下书的大部分论著中得到反映: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*. 或参见 A. Hegarty & S. Leonard (eds.), *Human Rights: An Agenda for the 21st Century* (1999).

㉚参见: 例如, G. McDonald, *Contributions of the International Criminal Tribunals to the Development of Substantive International Humanitarian Law*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注*; J. R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda* (2d ed., 2000); A. Klip & G. Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (1999).

㉛参见 J. Crawford, *State Practice and International Law in Relation to Secession*, 69 *BYIL* (1998), 85.

㉜主要参见 A. Cassese, 上注⑧, 101-40. 关于其在道德上和理论上的正当性理由, 还存在不少争议。参见 Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (1995).

㉝参见 R. Higgins, 上注②, 124; R. Higgins, *Comments*, in C. Brölmann, et al. (eds.), *Peoples and Minorities in International Law* (1993), 29-35. 比较: *Reference re Secession of Quebec* (Canadian Supreme Court), 37 ILM (1998), 1340-77, paras. 123-25. 该处有点含糊。

㉞Cassese, 上注⑧.

㉟参见 J. Raz & A. Margalit, *National Self-determination*,



in: J. Raz, *Ethics in the Public Domain*(1993), 110.

⑧参见:例如, I. Brownlie, *The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law*, in R. St. J. Macdonald(ed.), 上注⑤, 91; I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*(1998).

⑨在洛克比空难案中, I. Brownlie 就安理会决议的司法审查问题为利比亚提出了强而有力的论理。参见 CR 97/21, <http://www.icjci.org/icjwww/idocket/ilus/ilusframe.htm>.

⑩Lockerbie (Libya v. UK) (Preliminary Objections), ICJ Reports 1998, 9.

⑪这条规则说: " NO investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions. " 37 ILM (1998), 1012. 有关这一措施的很早的提议, 见 Sienho Yee, *A Proposal to Reformulate Article 23 of the ILC Draft Statute for an International Criminal Court*, 19 Hastings ICLR(1996), 529.

⑫L. Damrosch, *Enforcing International Law through Non-Forceable Measures*, 269 RCAD(1997), 9.

⑬参见 J. R. W. D. Jones, *Immunity and " Double Criminality " : General Augusto Pinochet before the House of Lords*, in: Sienho Yee & Wang Tieya(eds.), 上注 *.

⑭参见 M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*(1995).

⑮德国和瑞士已对那些被指要为发生在前南斯拉夫的战爭罪行负责的人员提起诉讼。或比较: W. Czapliński, *State Responsibility for Violations of Human Rights*, in: Sienho Yee & Wang Tieya(eds.), 上注 *.

⑯J. Crawford 的讨论以及 B. Stern 在 2000 年美国国际法协会年会关于国家责任的会议期间提出的建议, 对于这一问题, 很有启发性。

⑰参见: 例如, T. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*(1995).

⑱Chayes & Chayes, 上注①, 27-28.

⑲上注, 27.

⑳参见上注㉑与相应的正文。

㉑参见 V. Lowe, *International Legal Issues Arising in the Kosovo Crisis*, in: Sienho Yee & Wang Tieya (eds.), 上注 *; Caasese, *A Follow-up*, 上注⑲; Gray, 上注⑲; Brownlie, et al., *Memoranda*, ICLQ(2000), 876-943.

㉒关于可能界定这一效果的观点, 参见 Lowe, 上注.

㉓试比较: 例如, Brown, 上注⑰.

㉔试比较: Damrosch, 上注⑳, 34.

㉕Ph. Gourevitch, *The Genocide Fax*, *The New Yorker* (11

May 1998), 42-46.

(99)ICJ Reports 1999, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iybe/iybeframe.htm> (Yugoslavia v Belgium), <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iyne/iyneframe.htm> (Yugoslavia v. Netherlands). 有关介绍, 参见 J. Shen, *The ICJ's Jurisdiction in the Legality of Use of Force Cases*, in: Sienho Yee & Wang Tieya(eds.), 上注 *.

㉖参见 Editorial, *Updating Diplomacy's Language*, NY Times(23 June 2000), <http://www.nytimes.com/yr/mo/day/editorial/23fri2.html>.

㉗参见: 例如, J. Finniss, *Fundamentals of Ethics*(1983).

㉘W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*(1989), 48-49. 或主要参见 J. Raz, *The Morality of Freedom*(1986).

㉙关于消极自由和积极自由的阐述, 参见 I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958) and I. Berlin, *Four Essays on Liberty*(1969).

㉚参见: 例如, W. Kymlicka, *States, Nations and Cultures* (1997).

㉛有人争辩说, 共同体及其传统实际上“确定”了个人的目标。“确定”一词言过其实了。

㉜从这个角度说, 关于国家当前的职能, 参见 B. Stern, *How to Regulate Globalization*, in Byers(ed.), 上注①, 247.

㉝参见 I. Kant, *The Metaphysics of Morals*(1797, M. Gregor tran. 1991), 241-42.

㉞主要参见 G. Fox & B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*(2000).

㉟I. Kant, *Perpetual Peace* (1796, H. O' Brien tran.), in *7 Peace Classics*(1939), 27(" a democracy is necessarily a despotism in the true sense of the word, because it establishes an executive power in which all may decide about, which in some cases means against, one who does not give his sanction; that is to say, all, who yet are not really all, which is contrary to the general will and to the principle of liberty. ").

㊱主要参见 Raz, 上注㉞, 80-93; Raz, *Government by Consent*, in Raz, 上注㉞, 355-69.

㊲人们或许把生活在民主社会中看作自己人格的一部分。不过, 似乎还没有人提出这样的观点, 而这也超出了本文的讨论范围。

作者简介: 易显河, 西安交通大学人文学院, 西安交通大学“腾飞人才计划”特聘教授, 丝绸之路国际法研究所所长; 牛津大学出版社 Chinese Journal of International Law 主编; 哥伦比亚大学法律博士(Juris Doctor), 专攻国际公法、国际系统的结构性的公法问题和国际法院的案例。(陕西西安 710049)
原载《西安政治学院学报》, 2007.1.55 ~ 68