

# 探索国际裁判 在国际秩序形成中的作用(下)

——E. H. 卡尔与 H. 劳特派特之间能展开对话吗？

王志安\*

---

## 目次

- 一、引言
- 二、理想主义的宏大构想
- 三、现实主义者的危机意识和批判(以上上期已刊载)
- 四、围绕国际裁判国际关系论和国际法学所展开的对话
  - (一) 作为对话基础的国际裁判的现实
  - (二) 围绕国际法机能的对话和国际裁判的机能
  - (三) 对乌托邦式国际裁判理论的再评价
- 五、结论

**关键词** 国际裁判 国际法 理想主义 现实主义 社会构成主义 新自由主义

---

## 四、围绕国际裁判国际关系论和国际法学所展开的对话

如上阐明的那样,战间期现实主义者与理想主义者的对立点之一就在于如何认定构筑国际秩序

---

\* 驹泽大学(日本·东京)法学部教授、法学博士。

【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱,本文在全部注释中的日文部分添加了下划线】本研究是作者参加当时日本东京大学教授大沼保昭主持的学术研究课题(日本学术振兴会基磐研究(B):国际法基础理论的重构——通过对“现实主义”国际法学及批判法学的批判分析(2004-2006年))的研究成果,主要内容曾以日文「国際秩序における国際裁判の役割——E. H. カールとH. ローターパクトの対話は可能か」发表在大沼保昭編著「国際社会における法と力」(日本評論社・2008年)190-230頁。

时国际法和国际裁判所具有的作用,尤其是伴随强权的变化所发生的秩序变化能否用国际法和国际裁判这一手段来和平地实现。在这里,国际法的作用没有与国际裁判的作用相区别。实际上,由国际裁判支撑的国际社会法治正是劳特派特或“通过法来实现和平”论者等战间期理想主义的最大特征。

第二次世界大战后,作为有助于解决国际纠纷之重要手段的国际裁判,有了除 ICJ 之外的其他国际司法机关,但是这些裁判的创立显然都没有直接继承战间期理想主义的理想模式。战间期那种“通过法来实现和平”的构想似乎已经作为乌托邦为人们所忘却。劳特派特所代表的理想主义者的思想,也只是以非常有限的形式表现在现实的制度创设当中。

### (一) 作为对话基础的国际裁判的现实

经过两个多世纪的发展,当今的国际裁判呈现出怎样一个景象呢?从探寻现实主义与理想主义围绕国际裁判在形成国际秩序中的作用的角度的角度看,我们可以将国际裁判发展的特点整理为以下三个方面:第一,依据国家合意创设和运营国际裁判;第二,国际裁判的分散化和多样化;第三,有局限且分领域的义务性裁判的现实。

首先来看通过国家合意创设国际裁判。在今天的国际法学里,实用主义和法实证主义占据了统治地位。国际裁判严格服从国家同意原则<sup>[62]</sup>,所有在国家合意之外寻求国际司法权限的基础或成立根据的想法,根本得不到任何社会性赞同。与国内裁判的情况不同,国际司法权绝不是一种靠集权式分配就能实现的东西。根据能取得国家合意的程度来创设和运营具体的裁判机关和管辖权制度的手法,可以说表现在所有国际裁判制度的创设和运营过程中。而且,适用于具体案件的法规也来自国家之间的合意,并且独立于创设国际裁判的合意。其结果,国际裁判也就只能对具体得到国家合意承认的国际纠纷才构成有实际效果和作用的明显有局限性的权力装置。<sup>[63]</sup>

即使在义务性裁判观念产生并在一定范围内作为制度被实际创立起来,国际司法权限的部分集权化已成为现实之后,国际社会里司法权的本质也依然没有发生根本性变化。只要纠纷当事国不同意赋予法院以管辖权或承认其判决的效力,任何裁判机关都不能对国家合法地行使管辖权。而且,司法权的集权化完全取决于国家的个别意思,随着这种意思变化的结果,国际司法权的范围也就变大或变小。比如,十分明显,美国和法国脱离 ICJ 的选择条款就削弱了法院的司法权限。因此,国家合意能赋予国际司法在形式上和实质上的意义,设定国际司法权限的现实界限,也完全有可能扩大或缩小这一权限。

其次来看国际裁判的分散化和多样化。由于依存于个别且具体的国家之间的合意,国际裁判也就很难展现一个普遍化的景象。普遍的义务性裁判是一个两百多年来一直追寻的梦想,但却始终未能成真,现实里,国际裁判走向了一条分散化和多样化的道路。在国内社会,司法权表现为国家对其权力的一种集权性且随意性分配,与此完全不同,国际社会里,从裁判机关这一主体方面看,国际裁判机关的司法权并非一种一般性存在,只有那些由个别纠纷当事国事前或事后通过具体合意所创设或选择的裁判机关才能享有。并且,裁判机关的创设也是以接受分权性国际社会这一基本构造为前提。

这种现状不仅带来了司法权的分散化,而且也破坏了现代国家中那种法律规范所涉范围与司法权所涉范围基本相对应的关系。<sup>[64]</sup> 伴随作为裁判基准的法律规范的发达,司法权也就相应扩大

[62] 对同意原则的分析,参见前注[37],第 113~115 页(中文翻译,第 94~97 页)。

[63] R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, (Asia Publishing House, 1961), p. 26.

[64] Onuma Yasuaki (2002), “The ICJ: An Emperor Without Clothes? International Conflict Resolution, Article 38 of the ICJ Statute and the Sources of International Law”, in N. Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, (Kluwer Law International, 2002), pp. 195-199.

和强化这一国内法上的对应关系,可以说基本上没有表现在国际社会里。比如,有许多多边条约并没有设定裁判条款或解决纠纷的裁判机制,如果缔约国没有承诺 ICJ 的选择条款,或者即使承诺了也附有诸如适用或解释多边条约之类保留的话,那么,围绕这些条约适用和解释的纠纷就可能不服从法院的强制性管辖。在这个意义上我们可以说,当今的国际司法权,在分散化的同时,也出现了限定的、多元的和重叠的集权化,归属于有时相关联,有时却不相关联的多种多样的裁判机关。

国际司法权的分散化或多种形态的集权化,充分反映了国际社会的分权性,通过各国对裁判事项和裁判机关的多样性选择,形成一种无序的重叠构造。对同一事项,各国可能创设性质上不同的裁判机关,有时甚至平行地接受不同裁判机关的强制性管辖权。比如,在联合国海洋法条约的纠纷解决体制中,如果纠纷当事国同时将 ICJ 和国际海洋法法庭选定为优先裁判机关,理论上就有可能发生两个法院之间在管辖权上的冲突。<sup>[65]</sup> 针对这种可能性,国际法理论中,伴随裁判机关的多元化,管辖权冲突已经成为一个令人忧虑的现象,期望国际司法权能有序发展的呼声也越来越高。<sup>[66]</sup> 多种多样的裁判权管辖权之间的冲突,其根本原因在于与司法权创设相关的分权性和无序性的社会构造。

最后来看一下有局限且分领域的义务性裁判。国际裁判在其两百多年的历史里始终是主要朝着两个明确的目标发展。一个是从依据衡平或考虑整体影响的古典仲裁裁判那里脱离出去,确保通过适用法律来解决纠纷。另一个,是在主权平等的基本原理和国际裁判的合意原则的前提下,构筑具有像国内法院所具有的那种当然具有普遍性强制管辖权的裁判机关。<sup>[67]</sup>

经过一个多世纪的努力,常设国际司法裁判机关早已成为现实,然而,拥有一般性的强制性管辖权的裁判机关依然未能如愿。义务性裁判的创设主要依靠裁判条约、裁判条款以及选择条款。然而,由此创设的义务性裁判无论在事项管辖还是在对人管辖方面都有许多限制。比如,在接受强制性管辖权时,有对涉及领土纠纷或国内管辖事项等等的保留,而且,接受 ICJ 强制性管辖权的国家也依然停留在少数。就极端的例子来说,有的国家甚至一直拒绝所有有关 ICJ 强制性管辖权的制度设定。

不过,与上述趋向相反,随着联合国海洋法条约和世界贸易组织(WTO)的强制性纠纷解决体制的出现,在一些特定领域里创设了义务性裁判制度,它作为一个新倾向,受到各方面的注目。作为条约上的体制,这种特定领域的职能性强制裁判制度,使条约规范的全部或一部分能有效地得到司法性保障。海洋法条约的纠纷解决体制,将庞大的条约规范纳入义务性裁判,使国际裁判制度的发展得以打破依靠裁判条约或选择条款来发展强制裁判的限制,创造了一个新局面。<sup>[68]</sup> 而 WTO 的纠纷解决体制,通过进一步强化其司法性格,将 WTO 的几乎所有法律规范系统纳入其

[65] Tullio Treves, "Conflicts between the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice", *N. Y. U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 1998-1999, pp. 811-813.

[66] 有关这一问题的提起,参见 Robert Y. Jennings, "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers", *American Society of International Law Bulletin*, Vol. 9, 1995, pp. 2-7. 对该问题的系统性分析,参见 Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford University Press, 2003)。

[67] M. C. W. Pinto, "The Prospects for International Arbitration: Inter-State Disputes", in A. H. A. Soons (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, (Kluwer, 1990), p. 72.

[68] 对该纠纷解决制度的评价,参见 John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, (Oxford, 1999), pp. 84-95; Also Marcel M. T. A. Brus, *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World: Developing a Theoretical Framework* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), pp. 14-15.

中,作用于所有成员国涉及WTO规则的解释或适用。解决国际贸易纠纷,确保WTO实体规则的履行,明确WTO规则等这一纠纷解决制度的意义,受到了很高的评价。

通过以上分析,可以清楚地看到,围绕国际裁判制度的展开,现实主义和理想主义之间论争依然留有明显的痕迹。首先,理想主义者竭力试图论证的国际法规范的完整性,在理论上常常受到质疑。国际裁判实践中,国际法的不完整性也没有被完全否定。在使用核武器合法性的咨询意见案(1996年)中,ICJ实际上暗示了就这一问题的国际法规范在特定场合表现的不明确,因而也就无法对这一问题做出全面肯定或否定的回答。其结果,形式上,国际法规范总体与国际司法权总体之间对应关系的欠缺显现出来,实质上,政治性纠纷的魔咒也就没能被完全解除。

其次,由于国际裁判的妥当性依据被限定在国家之间的合意,国际司法权对国家的制约能力也就完全取决于国家意思本身。在国内社会,司法权的界限形式上来源于法。因此,对其他国家权力的司法权制约,也就只能从法那里找到根据。<sup>[69]</sup>这一原理也适用于国际裁判。因此,国际法在多大程度上对国家的政治强权具有制约力,也就在多大程度上决定国际裁判对构筑国际秩序的作用。现实主义否定国际法对重大国家利益或高度国际政治问题的规范创立性价值,并且,这种认识还不仅仅是限定于国际关系理论的几个流派,甚至被认为是这一学科整体的固有特征。<sup>[70]</sup>实际上,对国际裁判制度展开批判的国际政治学者尚为少数,因为许多国际政治学者根本就认为没有必要将国际裁判放在他们的论坛上。

从现实观点出发,不少国际法学者也明确意识到在国际法中如何评价强权问题的重要。沙克特(Schachter)在分析了国家强权对国际法的形成和适用的影响之后,提出国际法对强权制约力的问题,并且,一方面得出承认强权的存在和影响的结论,但另一方面指出,强权在涉及国际法的基本构造性原则——比如,管辖权的基本原则、遵守条约义务、法律上的相互主义、豁免以及自卫等——方面似乎并没有成为压倒一切或决定性的要素。<sup>[71]</sup>还有的国际法学者甚至认为,国际法至今没有以令人满意的立法和司法状态在一些重要政治领域的调整上取得成功,而且,也没有取得实现法的妥当性和有效性所必须的政治合作或保障。尤其是在与强权的关系上,国际法的缺损状况十分明显,许多涉及强权的问题都没能法律化。<sup>[72]</sup>

最后,政治性纠纷构成国际裁判的最大限制的思维方式,在国际法学当中依然具有一定地位<sup>[73]</sup>。国际法学常常将政治性纠纷视为一种难以在法平面完全处理的问题,因为政治性纠纷被理解为对法要求变更的纠纷,它提出的问题不是法为何物,而是法应为何物。孔茨指出,最严重的内乱和最激烈的战争不是有关法为何物的纠纷,而是法应为何物的纠纷。认为不正义的那种感情是

[69] 参见井上茂『司法権の理論』(有斐閣・1960年)77-78頁。

[70] F. A. Boyle, *World Politics and International Law* (Duke University Press, 1985), pp. 3, 7-8.

[71] Oscar Schachter, "The Role of Power in International Law", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 93, 1999, pp. 204-205; Also Michael Byers, "Custom, Power, and the Power of Rules Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, 1995, p. 109ff.

[72] 尾崎重義「國際法と制裁」日本法哲学会編『法と強制』(1982)77頁。

[73] 实际上,在使用核武器的合法性咨询意见案中,英国和法国等许多国家以该问题的政治性格为由,主张法院不应行使管辖权。其中最有代表性的是法国在口头程序中的主张。第一,这个问题是一个纯粹的政治问题;第二,要回答这个问题,法院就必须作为国际立法者,并且必须考虑政治和道德要素;第三,其结果,法院就在本质上涉及外交及政治过程。对这一主张的详细分析,参见 Dapo Akande, "The Role of the International Court of Justice in the Maintenance of International Peace", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 1996, pp. 294-298.

人类感情中最为强烈的一种,个人或国家如果没摆脱那种状态,就会站起来诉诸武力。哪怕这会带来自身的灭亡,他们也会这么做。<sup>[74]</sup>而且,仅仅在形式上确立义务性裁判也并不一定就能得到人们对这一制度所期待的结果。老练的原 ICJ 法官小田滋在对 ICJ 强制管辖权制度的发展进行实证分析后指出,更为重要的并不在于对 ICJ 纠纷付托义务的制度化,而在于确认各主权国家将法律性纠纷付托给 ICJ 的态度。仅仅只是做出对 ICJ 规约第 36 条第 2 款的承诺宣言或在多边条约中导入纠纷解决条款,实际上并不能使具体问题得到根本性解决。<sup>[75]</sup>

## (二) 围绕国际法机能的对话和国际裁判的机能

在国际政治学及国际关系论中,长期以来,现实主义一直具有很大影响力。但是在今天,这种对强权予以核心性评价的思维范式,逐渐开始让位给那些一方面评价强权的地位,但却同时注意评价制度、机制和法规范的作用的思维范式。在这个变化过程中,对在国际秩序中国际法地位的理论探讨也有了进一步的深化。为回应现实主义的批判,有的学者有意识地将国际法与国际裁判相分离,强调国际社会的法治,却并不承认以国际裁判为支撑的那种法治。理想主义的构想在这里又一次被批判和扬弃。

### 1. 国际关系论的英国学派对国际法的再认识

现实主义理论的特征在于将国家视为国际政治的主要主体,对强权的作用予以核心性评价,而将法定为边缘性因素。由卡尔和摩根索代表的早期现实主义认为,无论国际政治的最终目的是什么,强权始终是最直接的目的。<sup>[76]</sup>即使是被称为新现实主义的那些学者,也强调国际体制的霍布斯主义的倾向,认为国际机制所反映的是强权的分配,并不是创造和平的重要因素。因此,国际机制也就只能起到边缘性作用。<sup>[77]</sup>这样,国际法在现实主义那里基本上被归属于从属性地位。因为,将强权据为核心的国际政治支配着国际法。

对这种现实主义的建构大厦最初发起挑战的是国际关系论的英国学派。英国学派在阐述国际秩序时构筑了一个评价制度和法律规范的理论范式。其主要特征表现在两个方面:第一,依照新的国际情势对卡尔的现实主义展开批判;第二,回归国际秩序的思想传统,重新评价格劳修斯主义。在这个意义上,我们甚至可以说它是一种通过对现实主义和格劳修斯主义双方展开对话而构筑起来的理论范式。

首先,与现实主义的对话鲜明地表现在布尔以设定国际社会这一概念为基础而创立其理论的思考过程中。在《危机的 20 年》出版大约 30 年后,布尔通过以下形式迈出了与现实主义对话的第一步。“因第一次世界大战而崩溃了的国际秩序的替代物依然没有找到,在这个意义上,卡尔所命名的 20 年的危机在今天依然存续着。然而,卡尔对这一危机的分析,来源于他在探讨 20 世纪 30 年代国际关系时所认定的特殊需要。他的这一分析里,在今天依然有效的东西是什么呢?”<sup>[78]</sup>从这

[74] Josef L. Kunz, “Compulsory International Adjudication and Maintenance of Peace”, *American Journal of International Law*, Vol. 38, 1949, p. 678; Also G. Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law*, (Stevens, 1965), p. 236.

[75] Oda Shigeru, “The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, p. 49.

[76] Hans Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, (Alfred. A. Knopf, New York, 1978), p. 31.

[77] John Mearsheimer, “The False Promise of International Institutions”, *International Security*, Vol. 19, 1994/1995, pp. 5-49.

[78] 参见前注[12], Bull 书, 第 126 页。

里出发,布尔评价说,卡尔对国家这一主要政治主体、强权的作用、势力均衡、大国的作用、伴随强权变化而发生秩序变化的现实性、探求秩序的和平变革的必要性等课题的分析基本正确。<sup>[79]</sup>但同时他指出,在新的情势下,尽管卡尔的核心课题依然保持着它的关联性,却已经开始有了新的含义。

具体说来,布尔的主张有以下几个方面。第一,理想主义的国际主义理论已经稳定和沉淀下来,无论从国际关系的实践,还是从对它的研究来看,今天继续将对理想主义的批判看作一个紧要课题已极为困难。当今的国际关系无论在什么意义上都不再由现实主义和理想主义的争论所支配。恰恰相反,我们已经面临一个让道德和规范要素回归到国际关系论之核心地位的时代。也就是说,应当承认价值和规则在国际社会中所扮演的角色,并且承认在探讨政策问题时提出价值和规范问题的正当性。<sup>[80]</sup>第二,探寻和平变革方式的紧要性已经不复存在。<sup>[81]</sup>因为,由现存制度和规范所构筑的国际政治秩序构造与要求变革的现实力量之间,不存在严重的紧张关系。的确,国际关系的最重要课题依然是认定和强化国际秩序的基础,但是,到了今天,19世纪的国际秩序依然在发挥作用的那种幻想根本就不再有任何市场。

通过这种对话,布尔探寻出与卡尔不同的现代课题。为了构筑新的国际秩序,重要的是探讨应该使用什么样的素材。就现状看,势力均衡、大国协调、国家礼让、国际法、外交制度、现代文明以及人类共同利益等等,不是没有被认真对待,就是简单地作为服务于部分国家或国家集团之特定目的的工具而被草率处置。一个国际社会的构想,也即一个具有现代国家所共同承认的共同利益和共同价值,并且具有由此引导出的规则和制度的国际社会,这种认识在《危机的20年》里根本无法找到。也正是这样的国际社会的概念,才是国际关系应当着手的课题。<sup>[82]</sup>

而且,在展开与卡尔对话的同时,英国学派还展开了对格劳修斯主义或国际关系思想历史中具有一定地位的合理主义的评价。这是为了超越现实主义的批判,寻找出国际秩序的新理论方式具体内涵所必不可少的一项工作。通过这一作业,能够缓和现实主义之决定论的尖锐性和冷漠性。“回归历史才是对抗现实主义之英国学派战略中特别重要的因素。通过它,这一理论的新基础才得以构筑起来。”<sup>[83]</sup>经过对国际关系的传统思想的系统研究,格劳修斯的合理主义传统才被有意识地作为温和的、中庸的史学方式继承下来。

怀特将国际关系论和思想分类为现实主义、合理主义和革命主义三种,主张要准确理解国际关系,就有必要将这三者相结合,展开对话。<sup>[84]</sup>在他看来,合理主义的传统与西方政治哲学里的立宪主义传统直接相关,构成其文明和价值体系的主流和核心,<sup>[85]</sup>并且也是他最为中意的思想。<sup>[86]</sup>依照布尔的解说,在怀特那里,理想的合理主义者应当从这三个传统思想中找到一种平衡,避开

[79] 参见前注[12], Bull书,第128页。

[80] 参见前注[12], Bull书,第131~132页。

[81] 参见前注[12], Bull书,第134页。

[82] 参见前注[12], Bull书,第137~138页。

[83] João Marques de Almeida, “Challenging Realism by Returning to History: The British Committee’s Contribution to IR 40 Years On”, *International Relations*, Vol. 17 (3), 2003, p. 275.

[84] Martin Wight, *International Theory: the Three Traditions* (New York: Holmes & Meier, 1992), pp. 259-260.

[85] Martin Wight, “Western Values in International Relations”, in Herbert Butterfield & Martin Wight (eds.), *Diplomatic Investigations* (Harvard University Press, 1966), p. 89-131.

[86] 参见前注[84],第268页。

现实主义和革命主义的极端性。正因为这样,格劳修斯式的合理主义能够从现实主义中吸取合理部分而抛弃它决定论的冷漠,也能够接受革命主义的理想主义部分而回避它过度的热情和盲目。<sup>[87]</sup>

怀特这种国际关系论的体系,不仅与劳特派特对现实主义与理想主义以及自然法学派与实证法学派关系的评价相符,也与道德和规范构成强化国际体制手段这一劳特派特的认识形成共鸣。<sup>[88]</sup>本来,格劳修斯的追求,就是要寻找出主权或世俗国家的现实与欧洲式世界秩序(包含道德与法两个方面)的规范性构想的结合所能够接受的一种手段。也就是说,他思想探求的出发点就在于找出国家强权与法律规范之间妥当的结合点。<sup>[89]</sup>因此,向格劳修斯主义的复归,也就必须从评价与构筑国际秩序相关的制度和规范所具有的构造性作用开始。

然而,即便是从秩序构筑的角度评价制度和规范,英国学派也没有从构筑国际秩序的角度来评价国际裁判的作用。恰恰相反,国际法的作用和国际裁判的作用似乎被有意识地分离开来。因为在英国学派那里,依照国内秩序的建构来分析国际秩序建构的手法受到了强烈批判。在布尔看来,即使存在国际社会,而且即使这个社会也应当追求法治,但由国际裁判所支撑的法治却不是一个能作为现实目标来追求的东西。因为国际社会与国内社会最大的区别就在于它没有司法系统。实际上,布尔在批判卡尔的现实主义的同时,却表示赞同卡尔对那种幻想仲裁或司法解决纠纷能够提供战间期紧要课题——和平变革之手段的批判。不仅如此,即便是在探寻和平变革的方法不再具有紧要性的今天,作为第三者仲裁或司法解决纠纷结果的和平变革,与卡尔所处的 20 世纪 30 年代相同,依然是一种遥远世界里的存在。<sup>[90]</sup>

由此可以看出,尽管劳特派特对格劳修斯主义的信念在英国学派那里得到了拯救,但他以国际裁判来构筑国际秩序的构想在这一评价国际社会法治的学派那里却未能得到任何积极的评价。

## 2. 社会构成主义对法规范作用的再定义

社会构成主义也从新的角度阐明法律规范在国际秩序形成中的作用,继而展开对现实主义的批判。这个理论的特征在于重视同一性认同、规范和文化在国际关系中的作用。在这个理论看来,经济的互相依存和共同的外敌促成了国家间集体认同的形成,国家也就自愿地承诺国际规范和对行为的制约。而且,国际机制是一种独立性变数,一旦创设,国际制度就能无条件地制约国家的行为。<sup>[91]</sup>

也就是说,在社会构成主义的思考中,人类社会的建构不是由物质力量而是由共同的观念来决定的,具有一定目的的行为主体的同一性认同以及利益也是通过这种共同观念来形成的。<sup>[92]</sup>国际政治的构造或国际社会的构造是一种观念构造,而不是物质构造。这种观念构造或国际制度通过国际关系的实践以及国家之间的相互作用和对话形成,在对外关系上,制约国家行动,在对内问题上,影响国家的同一性认同以及由此决定的国家利益这一观念的形成。

社会构成主义的理论,主要可以从四个方面来概括。第一,在承认国际社会缺乏权威的前提

[87] Hedley Bull, "Martin Wight and the Theory of International Relations" in Martin Wight, *ibid.* p. xiv.

[88] 参见前注[16],第 241~245 页。

[89] Richard Falk, "The Pursuit of International Justice: Present Dilemmas and An Imagined Future", *Journal of International Affairs*, Vol. 52, 1999, p. 412-413.

[90] 参见前注[12],第 134 页。

[91] Andreas Hasenclever, Peter Mayer and Volker Rittberger, *Theories of International Regimes* (Cambridge University Press, 1997), p. 208.

[92] Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics* (Cambridge University Press, 1999), p. 1.

下,认为通过经济的互相依存、科学技术的进步和不断的学习及制度化,国家对国家利益的认识有可能发生变化;第二,国家的自助体制并非国际社会所独有的东西,也不是一种必然被接受的内在的东西;第三,强调变化的重要性,主张国家的利益观念可以被改变。世界不是一种给定之物,而是一种不断更新创造的东西;第四,在与其他国家交流之前,国家并没有个性和利益,也没有特别的目标。国家并不是像新现实主义所主张的那样本来就具有以自己利益为中心的特征。<sup>[93]</sup>

不过,社会构成主义理论虽然评价规范和制度的作用,却没有因此而当然评价国际裁判。其原因在于它对法律规范的存在形式的独特理解。构成主义承认在影响主权国家的认同和行为方面国际法规范的重要性。然而,与此同时,构成主义者对应当怎样理解法律规范有自己独特的认识。他们强调,为了确切把握法律规范对行为主体认同的形成所具有的说服力或影响力,抛弃国内法模式的思考就十分重要。更重要的是,他们对法律规范的说服力需要到裁判这一当事人对抗的过程中去寻找的基本认识也持强烈否定的态度。<sup>[94]</sup> 因为,他们更强调将法律规范的目的看作是促进行为主体之间的交流和对话。<sup>[95]</sup>

### 3. 通过区别行为规范和裁判规范来把握国际法学和国际裁判

鉴于存在严格的同意原则和承诺义务性裁判状况的低迷,部分国际法学者开始有意识地主张,要确切把握国际法规范在国际秩序形成中的作用,就必须鲜明地与那种主张由国际裁判所支撑的国际法治的乌托邦主义诀别。在乌托邦主义的思想那里,对法律规范的存在形态的认识与其在国内法模式中理解裁判作用的思维方式密切相关。因此,在国际法学中,批判这种有意识或无意识地接受国内法模式的思维方式就十分重要。<sup>[96]</sup>

在展开这一批判时,这种观点注重重新定义国际法规范的机能,特别强调其能独立于国际裁判而发挥作用的特征。其基本认识是,国际法规范首先应认定为行为规范,它作为裁判规范的意义只能是次要的。同时,从这种角度积极评价国际法规范无处不在的现状以及对国际秩序形成的作用就显得极为重要。这样,国际裁判并非直接对国际秩序的形成产生作用,而是通过裁判具体阐明法律规范来起到间接作用。在这种认识思维方式的背后,有两个基本出发点。第一,回应现实主义否定国际法规范对形成国际秩序作用之挑战的必要性;第二,客观把握普遍性义务性裁判至今未能确立之意义的必要性。

与现实主义的理论归结相反,今天的国际法规范,甚至包括禁止行使武力在内,涉及有关国家行为的所有方方面面。通过缔结大量多边条约和创设众多的国际制度和组织,不仅在经济、文化、人权和环境等领域,而且在行使武力、裁军和安全等国际政治的核心方面,国际法规范无处不在的特性或遍在性特征也已经成为一个确实实的现实。

然而,这种无处不在的国际法规范,在那种将法律规范的存在形态或其实效性求助于裁判的国内法思考模式那里,却根本无法作为能发挥实际效用的法律规范来评价,最多也只作为一种软弱的规范来认识。因为,只要义务性裁判没有得到普遍确立,许多国际法规范的有效性也就无法通过裁判来担保和确认。

[93] Jonathan Mercer, "Anarchy and Identity", *International Organization*, Vol. 49, 1995, pp. 232-235.

[94] 有关社会构成主义中法规范定义的争论,参见 Jutta Brunnee and Stephen J. Toope, "International Law and Constructivism: Elements of an Interactional Theory of International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000, pp. 38-43.

[95] *Ibid.*, p. 66.

[96] 这种批判分析,参见大沼保昭「国際法学の国内モデル思考——その起源、根拠そして問題性——」山本草二還暦記念「国際法と国内法」(勁草書房・1991年)57-82頁。



正因为这样,要确切把握国际法规范在形成国际秩序中的作用,最重要的就是确立与国际裁判机能相对独立的法律规范的意义。也即,必须否定那种试图将法律规范的妥当性和实效性全部与裁判联系起来论证的思维方式。国际法规范遍在性的意义在理解国际法在国际关系中的作用时应得到适当的评价。<sup>[97]</sup>

将国际法规范的存在形式区分为行为规范和裁判规范的这种思维方式,与国际关系论中英国学派和社会构成主义有着异曲同工之处,它们都试图通过有意识地分离国际法规范和国际裁判的作用来展开与现实主义的对话。不过,这种从国际法学角度论证国际法在形成国际秩序中的作用的尝试,应予以很高的评价。<sup>[98]</sup> 这里,我们可以看到,尽管国际裁判通过行使裁判权只能对国际秩序的形成发挥相当有限的作用,但是在具体阐明法律规范上却能起到极为重要的作用。

### (三) 对乌托邦式国际裁判理论的再评价

由国际裁判支撑的国际法治,可以说是战间期乌托邦主义者留下的一个思想遗产。毫无疑问,经过现实主义者评判式地洗礼,这个遗产的思想价值受到很大减损。而且,如前所述,即便是以英国学派为首的几个新的理论流派也都对它展开了批判,有意识地将国际法规范和国际裁判的机能区分开来,以展开与现实主义的对话。

然而,国际关系中的这份思想遗产,形式上,根植于近代主要西方国家的国内法思考模式,实质上,可以说反映了西方各国国内政治传统中永存性要素,一种不能够轻易被放弃的东西。在今天,依然有两种思想理论继承了这份思想遗产。一个是对义务性裁判的发展继续期待,不间断地追寻乌托邦主义梦想;另一个是以国际裁判的新发展为背景,在某些特定领域里试图确认乌托邦主义的现实思想价值。

#### 1. 对义务性裁判梦想的不断追寻

由国际裁判支撑的国际法治这一乌托邦主义的思想,在现实主义那里,不仅它的现实价值受到批判,而且它的思想价值也被根本否定。尽管国际司法权的集权化在部分领域内已经作为现实在渐进地发展,但现实主义却从正面否定存在任何触及政治性纠纷之司法权集权的可能性。在这种理论看来,事前认可国际裁判解决政治性纠纷的权威性裁定,无论是仲裁裁定还是司法判决,都等同于放弃能对强权竞争本身的结果产生影响的支配力,任何国家都不可能接受这种安排,只要分析考察许多国家为什么没有承诺国际裁判的强制性管辖权,也就能容易看到,这并不是因为政治家或各国国民的愚昧或邪恶,而是因为国际政治及其所发挥作用的社会舞台的性质。<sup>[99]</sup>

另一方面,国际法学中,在那些高度评价国际裁判渐进发展的思维方式背后,常常能看到肯定乌托邦主义思想遗产的思维痕迹。其特征在于,以国际裁判发展的现实为基础,期待国家有意识地改变对义务性裁判的态度。具体地说,有的鉴于 ICJ 的管辖权受到制约没能充分发挥其和平解决国际纠纷的作用,积极主张普遍性接受 ICJ 管辖权;<sup>[100]</sup>有的则认为,ICJ 管辖权的普遍承诺是法

[97] 从这种视角的分析,参见 Onuma Yasuaki, “International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, pp. 105-139.

[98] 不过,对这种批判视角所含问题,参见最上敏樹「国際法における行為規範と裁判規範——国際法システムの脱仮想化のために」日本国際法学会編『日本と国際法の一〇〇年 第1巻 国際社会の法と政治』(三省堂・2001年)98-110頁。

[99] 参见前注[76], Morgenthau 书,第 416~418 页。

[100] Ibrahim J. Gassama, “World Order in the Post-Cold War Era: The Relevance and Role of the United Nations after Fifty Years”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 20, 1994, p. 321.

律面前平等原则的根本保障。<sup>[101]</sup> 再则,如前所述,裁判机关多样化造成了种种危机意识,然而,这些危机意识实际上不是针对裁判对国际纠纷的处理作用,而是来源于从确保法治的必要性来看可能出现裁判机能下降的恐惧感。<sup>[102]</sup> 从实践角度看,国家对义务性裁判的承诺,尽管没有表现出一个直线上升或扩大的势头,但总体上还是在不断变化中显现出了增加和改善的趋势。尤其是随着国际裁判的分散化和多样化,包括中国在内,许多曾经完全拒绝义务性裁判的国家也都以一定形式开始承诺和实践义务性裁判。

此外,我们在联合国框架内也可以看到许多主张强化 ICJ 的意见。比如,有的甚至提议,应该将承诺 ICJ 对 ICJ 规约第 36 条所列举纠纷事项的强制性管辖权作为承认联合国新成员国以及继续成为成员国的条件。<sup>[103]</sup> 也有的认真地实证分析国际裁判的实践,积极论证涉及国家重大利益的纠纷也能通过国际裁判得到解决。<sup>[104]</sup>

今天,国际法规范涵盖国家在国际关系中所有行动的趋势得到了广泛发展,而且,司法权的集权化也在一定程度上成为现实。其结果,在诸多实例中,比如针对国家军事行动的合法性,通过裁判试探禁止行使武力这一法律规范的实效性的判例中,包含动用武力在内的核心性政治行为就可能被作为司法权制约的对象交由裁判来判定。在这里,虽然从形式上看,问题在于作为担保法律规范实效性之权力的国际裁判是否有存在意义,然而实质上,真正的问题在于作为直接制约国家政治权力的国际裁判是否有本质上的局限。在 ICJ 涉及使用武力合法性的许多案件中,常常会看到法院行使管辖权是否构成权力滥用的争议,其中有些争议明显触及国际司法权的本质性局限。<sup>[105]</sup> 然而,无论这些认识正确与否,用期待或实证分析来探寻义务性裁判的意义,始终没有距离战间期乌托邦主义的思想太远,更准确地说,应该是不断追寻其梦想的表现。

## 2. 新自由制度主义和国际裁判机能的重新评价

与单纯持续乌托邦主义梦想的期待不同,受英国学派一定影响的新自由制度主义(Neo-liberal Institutionalism)以国际裁判的新发展为背景,试图对乌托邦主义的思想遗产的价值进行有局限的且机能性的论证。这一理论在展开与现实主义的对话过程中积极评价国际制度和规范对国际秩序的作用。并且,更重要的是,与那些将国际裁判的有效作用限定在解决国际纠纷的认识不同,它将国际裁判的作用放到构筑国际关系的有局限性机制中去考察,将国际裁判看成是对构筑有局限性领域之秩序的构造性要素。

在新自由制度主义看来,国际制度通过国家之间的相互作用形成,一旦形成就成为独立的构造,即便是大国也难以左右它或颠覆它。因此,国际制度是一种独立变数,有时能对国际行为产生很大影响。其结果,国家在国际政治中的行为选择实质上也就成为对制度的选择。而且,国际制度对国家利益的形成以及国家的国际行为都产生直接影响,也就构成一种起主要作用的

<sup>[101]</sup> F. Przetacznik, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice as A Prerequisite for Peace", *Revue de droit international*, No. 1, 1990, p. 61.

<sup>[102]</sup> Ram Prakash Anand, "Enhancing the Acceptability of Compulsory Procedures of International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations law*, Vol. 5, 2001, pp. 19-20.

<sup>[103]</sup> Patrick Reilly, "While the United Nations Slept: Missed Opportunities in the New World", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, Vol. 17, 1995, pp. 956-957.

<sup>[104]</sup> Dapo Akande, "The Role of the International Court of Justice in the Maintenance of International Peace", *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8, 1996, p. 311.

<sup>[105]</sup> 有关这种问题意识,参见 Christine Gray, "The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua", *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, p. 869.

变数。<sup>[106]</sup> 自然,国际制度也就成为新自由制度主义的核心课题。<sup>[107]</sup>

在针对秩序的构筑或变更承认国家选择的重要性这一点上,新自由制度主义与劳特派特通过论证以国际裁判为中心构筑国际秩序的优点来劝说国家选择国际裁判的思考方式有共通的一面。然而,由于当今有国际裁判得到了长足的发展这一现实背景,新自由制度主义的主张也就显得更加具有现实基础。

随着以如同 WTO 的义务性纠纷解决制度为首的新国际纠纷处理体制的出现,在新自由制度主义的倡导下,所谓法制度化了的机制这一用语也就开始在国际关系论,甚至国际法学中广为使用。这种机制理论的框架基本上由三个要素组成,义务、义务的明晰性和判断的授权(obligation, precision and delegation)。具体说来,“在高度法制化了的机构中,首先,规则通过与国际法上所确立的规则和原则相关联构成对成员国有义务性的约束;其次,这些规则很明晰或者说通过行使被授权的权限而变得明晰;再者,规则的解释及适用的权限被授予给在受规则制约范围内行动的第三者”。<sup>[108]</sup>

这种机制确立起来的司法权限的高度集权化,在确保机制内法律规范的妥当性、实效性、解决纠纷以及具体阐明法律规范等方面,以一种强化形式继承了一般国际法上以多元、相对和重叠形式出现的司法权集权化。更重要的是,这里的司法权的集权化无论是作为解决纠纷的有效手段,还是作为构筑特定领域性秩序的构造性要素,都起到了决定性作用。

因为在这种机制里,义务性解决纠纷制度被设定为构造性要素,机制内法律规范的妥当性和实效性的担保与解决纠纷制度之间的内在联系也就自行确立起来。因此,在机制范围内,国际社会一般的司法集权化所无法解决的司法权在担保全部法律规范实效性时所具有的局限性和相对性问题,实质上得到了很大程度的改善和解决。不仅司法判断之对象主体和系争事项的模糊不定被完全克服,义务性裁判制度在发挥其作为确保法律规范之妥当性和实效性之最后防线时,还保证了具体阐明法律规范的一致性。

## 五、结论

战间期,围绕应该怎样构筑国际秩序,或应该怎样确切地说明和预测国际政治中所发生的各种现象等现实问题,现实主义者和乌托邦主义者展开了针锋相对的大对决。由于劳特派特等人没有公开展开反驳,批判性的对话之路也就被隔断了。第二次世界大战后,以合理主义为基础的国际关系论者以一种中庸形式从现实主义和乌托邦主义那里汲取养分,一方面承认无秩序国际社会、强权和国家利益的存在和重要,另一方面又创设出能够导入国际规范和制度的理论范式。尽管依然有很大制约,但从国际秩序形成角度评价国际裁判作用的新观点,也开始问世,令人耳目一新。

为了能够确切把握国际裁判在构筑国际秩序中的作用,开拓新的展望,在国际法学上,认真品

<sup>[106]</sup> Robert Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy* (Princeton University Press, 1984), pp. 39-51.

<sup>[107]</sup> Robert O. Keohane, “International Institutions: Two Approaches”, in Robert O. Keohane, *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory* (Westview Press, 1989), p. 159.

<sup>[108]</sup> Kenneth W. Abbott et al., “The Concept of Legalization”, in Judith L. Goldstein et al. (eds.), *Legalization and World Politics* (The MIT Press, 2001), p. 43.

味卡尔和劳特派特的对立式的思想类型所留下的智慧和思想遗产,就十分重要。期待能对这个品味过程提供一定有益参考,这里将本文的考察归结在以下两个方面:

第一,现实主义和乌托邦主义的对决是在特定历史时期以一种极端形式表现的。为了能从这两种对立的思想类型吸取有益的东西,在评价法律规范和制度对形成国际秩序的作用时,尝试将国际法规范的机能与国际裁判的机能相分离,不失为一种有益的思维方法。通过这一手法,既能抛弃否定法律规范作用的现实主义的决定论,又能克服乌托邦主义提倡的由国际裁判支撑国际法治的那种单纯的思想理论。这种尝试不仅能提供确切把握国际法规范作用的有益视点,而且也能为适当评价国际裁判的作用提供恰当的视角。

从现实来看,国际裁判尚没有直接对一般国际秩序的形成产生作用,它只是通过解决国际纠纷以一种公共权威的形式确定国际法规范的具体内容,并通过这一作用形成和维持一定的国际秩序。

第二,战间期乌托邦主义以国际裁判为核心的秩序构想,只是单纯地割断法与现实强权之间的关系,是选择战争还是选择裁判,以二者取其一的形式,强迫国家做出选择。也就是说,这种思维方式的明显特征是,基于要确保法律规范的妥当性和有效性国际裁判必不可少这一源于近代国内法模式的思考方式,通过在理论上严密论证国际社会里裁判与秩序的密切关系,以期待能对国家的选择产生影响。

国家一定会选择裁判这一善物,可以说是劳特派特的一个乌托邦式的真诚期待,然而,在冷酷的现实面前,这一期待在很大程度上遭到背离。但是,我们却不能因此就认为,探求国际裁判在构筑国际秩序中的作用这一视角,没有任何实际意义。在今天,论述与国际秩序相关联的国际裁判时,我们处在一个比劳特派特更为有利的时代。我们可以将国际裁判发展的现实及其可能性作为参照来进一步评价国家对国际裁判所持自由意思的展开方向。WTO的纠纷解决制度、国际海洋法法庭、欧洲法院、欧洲人权法院等,这些特定领域里的职能性裁判制度的作用,有必要理解为影响国际秩序的形成和国际法发展的重要因素。换句话说,国际裁判不仅要从法内在的视点,而且也必须从它与国际秩序形成的相关联角度来给予确切的评价。

以义务性裁判为核心的国际秩序构想这一乌托邦主义的思想遗产,可以说,不仅在国际法和国际裁判渐进发展的过程中留下了深深的烙印和难以割舍的期待,而且,在新自由制度主义那里,还得到了有局限性和机能性的继承。那么,我们是不是可以更进一步地说,国际裁判通过取得作为在特定领域的秩序构筑中之内在要素的地位,又一次为自己取得了新的发展契机呢?

(责任编辑:李迎捷)