

中国的国际法学:问题与思考

孙世彦

(中国社会科学院,北京 100720)

摘 要:中国的国际法学在繁荣发展的同时,也存在诸多的问题。这些问题主要集中在对国际法和国际法学的作用和功能认识不足,国际法学研究中实用主义和功利主义色彩较浓,国际法学研究与国内法学研究脱节,国际法学研究的基础薄弱,国际法学的研究队伍青黄不接等方面。这些问题的解决,不仅需要整个社会对国际法和国际法学确立正确的认识、提供有力的环境,而且在终极上需要所有国际法学者的共同努力。

关键词:国际法;国际法学;国内法学;基本理论

中图分类号:DF9 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2005)04-030-11

我国的法学研究与新中国一道,走过了 50 余年的风雨历程。国际法学的研究也与我国的每一项事业一样,经历了无数的坎坷和波折之后,在改革开放的时代里有了突飞猛进的发展,开创了自我国国际法研究以来最好的一个时期。但“最好”是相对以往而言的,并不意味着我国的国际法学已经达到了可以令我们满足的状态,也不意味着我国的国际法学已经具有了与我国正在迅速崛起的国家实力、不断上升的国际地位相称的水平。在国际法学一片繁荣的背后,存在着许多我们无法忽视也不能否认的问题,需要每一个关心我国国际法学发展的人去反思。因此,本文试图对我国国际法学中存在的若干问题进行一些梳理,以期与国际法学界的同仁们共同探讨。

—

衡量一个国家国际法学的水平与实力,终极标准是其在世界范围内的影响力。判断这一影响力的标准尽管不易量化,但其中至少可以包括这样两项:该国国民在国际性司法机构内任职的情况,以及该国国际法学者和著述在世界范围内的影响力。

目前,在世界上的主要国际性司法机构中,都有中国籍的法官,如任联合国国际法院院长的史久镛法官、在国际海洋法法庭任职的许光建法官、在联合国前南斯拉夫国际刑事法庭任职的刘大群法官等。这些法官本身也都是杰出的国际法学者。然而,这几位中国籍法官在国际性司法机构任职,一个相当重要的原因在于我国的国际政治地位,而不足以说明我国的国际法学研究的真正水平。我国学者在海牙国际法学院讲授的情况,恐怕更能真实地体现我国国际法学在世界范围内的水准。海牙国际法学院并

收稿日期:2005-05-31

作者简介:孙世彦(1969—),男,辽宁铁岭人,法学博士,中国社会科学院国际法研究中心研究员。

这里的国际法学,主要是指通常所说的“国际公法学”。但鉴于国际公法学者习惯地称自己的学科领域为“国际法”,因此本文沿用这一称谓。

不是一个常设的、通常意义上的学校,但它有一项主要活动是在每年夏季举办为期数周的国际公法和国际私法的讲习班。为讲习班授课的,则是在全世界范围内聘请的著名国际法学者。可以说,登上海牙国际法学院的讲台,是对一个国际法学者学术水平和造诣在世界范围内的权威性承认;同时,一个国家曾经有多少位学者到海牙国际法学院授课,也是衡量该国国际法研究水平的一项重要指标。然而,在海牙国际法学院 80 余年的历史中,曾经登上讲台为来自世界各国的学员讲授国际法课程的中国学者屈指可数。根据海牙国际法学院公布的情况,在 1983 年到 2003 年的 20 年间,约有 270 位世界著名的国际法学者在该学院授课,其中中国国际公法学者只有两人即王铁崖先生和李浩培先生,而在此前的 60 年间,在海牙国际法学院的讲台上,则根本没有中国学者的踪影。

衡量一个国家国际法研究水平的另外一项标准,则是有多少学者参与世界范围内的国际法学术活动,有多少国际法著作在世界范围内出版、被阅读和引用。在最近的二十余年间,大量的中国学者前往世界各地学习、进修、开会、访学,其中不乏众多的国际法学者。然而,其中有多少学者能够在水平相当的基础上与国际同行对话?有多少学者能够站在国外的讲台上,教授国际法学中普遍的、尖端的问题而不是讲述只有中国学者能够讲述的与中国有关的国际法问题?即使有这样的学者,其中又有多少是在国内完成的高端学术训练?在最近的二十余年间,中国学者出版了浩如烟海的国际法著作和文章。然而,其中有多少是以中文以外的语言文字出版?即使以其它文字如英文或法文出版,这些著述又有多少读者?对世界范围内的国际法研究有什么样的影响?

对这些问题,相信所有了解我国国际法学研究水平的人都清楚答案是什么。我们不得不惭愧地承认和痛心地面面对这样的局面:作为一个有五千年文明史的古国、一个有 13 亿人口的大国、一个联合国的创始会员国和安全理事会的常任理事国,我们却几乎没有享誉世界的国际法学者,也没有在世界范围内产生重大影响的国际法研究成果。这说明,我国的国际法学远没有达到世界先进水平。

二

让我们将目光转向国内,看看我们没有也无法“走出国门”的国际法学究竟存在着什么样的问题。本文无意也无力全面地列举和分析国际法学领域中的所有问题,而只是就几个作者感触最深的方面进行一些思考。这些问题中,有一些是国际法学所特有的,有一些则普遍地存在于整个法学领域中;有一些涉及国际法学的某些具体侧面,有一些则关乎对国际法的总体态度;有一些着眼于国际法学的理论方面,有一些则指向国际法学面临的实际困难。

(一) 国际法之“法”:国际法有什么用?

任何一个讲授国际法课程的人,在第一堂课上恐怕都不得不面临两个相互关联的问题:“国际法有什么用?”“学习国际法有什么用?”这样的疑问在其它的法学课程如民法、刑法中似乎根本不成为问题,最多只需要从“刑法的功能”或“民法的作用”来加以解释。而在国际法课程中,讲授的教师所要做的第一件事,是必须证成国际法作为一个法律部门的合理性,以及在此基础上证成国际法学作为一门法律学科的必要性。换言之,国际法教师必须说服学生,使他们相信的确存在一个有效的法律制度叫国际法,而且学习国际法有实际的用途。但几乎所有面临过此类问题的教师都发现,无论自己怎样努力从各个角度做出证明,效果却不是很理想。特别是最近几年的某些国际事件——从 1999 年的科索沃到 2003 年的伊拉克,从 1999 年中国驻贝尔格莱德大使馆被炸到 2001 年的中美撞机事件,都使越来越多的人,

见, <http://www.hagueacademy.nl/eng-home.html>. 王铁崖的授课论文见 Wang Tiewa: “International law in China: historical and contemporary perspectives”, Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Volume 221, 1990, p. 195 - 370; 李浩培的授课论文见 Li Haopei: “Some recent developments in the conflict of laws of succession”, Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Volume 224, 1990, p. 9 - 122.

特别是青年学生,很难相信在国际层次上存在着任何正义、秩序和法律。

这种对国际法的怀疑心态,有各个不同层次和方面的复杂原因。首先,如果以国内法为基准来考量国际法,的确很难让人认为国际法是真正的法律。其次,国际关系中的某些事件、某些国家特别是美国的所作所为,的确很难让人相信国际法的实效性。第三,国际法在很长一段时间内是西方列强打压中国的工具,的确很难让人信服国际法是公正客观的法律秩序。第四,我们是否也需要检讨一下,这样一种对国际法的怀疑态度是否在某种程度上也折射出一种对法律的总体态度?可以说,与已经收归国家掌握的国内法不同,国际法在本质上保持一种法律的“原初形态”,最根本地体现了法律规则在人类生活和社会中的作用。因此,对国际法态度也可以作为对整个法律的态度“试金石”,不相信国际法的存在和作用的人,恐怕也很难相信国内的法律;相信国际关系中实力而非规则决定一切的人,在国内法中恐怕也更多地相信权力而非法治。

对这样的疑问,解决方式之道何在?对于国际法和国际关系,自来有两种基本的认识思路,一种不妨称之为康德式的理想主义,是将国际法作为一种价值来信仰;另一种不妨称之为马基雅维利式的现实主义,是将国际法作为一种工具来对待。在国际法中,这两种思路一直表现为 Right vs. Might 之争,并且对国际法的发展产生着持久深远的影响。

自国际法产生以来,国际法一直被作为一种调整国家之间关系的工具而非一种评判国际关系的价值体系。然而,国际法和任何法律制度一样,其发展方向和终极价值也在于保护人——个体和总体的——人的利益。这一点在第二次世界大战之后国际法的发展中得到了明显的体现。不能否认,现今的国际法依然是 interstate law 而非真正意义上的 inter - “national” law,在结构和技术上依然要以国家为核心。但同样不可否认的是,当代国际法越来越显示出其作为一种法律制度的价值本色:对人的肯定和保护。国际法中有越来越多的内容的关注点已经从传统的国家利益转向作为个体和整体的人的利益,战后国际法中若干新领域如国际人权法、国际刑法、国际环境法的产生与迅速发展,以及某些新制度和原则如国际海底制度、个人刑事责任制度、人类共同继承财产原则、“对世”义务(obligations erga omnes)原则的提出和确立,都体现出国际法从“共存”到“协调”,再从“协调”到“合作”的变化;从“国家”到“人”的转变。因此,尽管国际法仍然受到现实政治的各种干涉甚至操控,但只要我们对人类的未来持乐观的态度,我们就必须相信国际法作为一种规范体系和价值观念的生命力。

当然,在目前的国际政治生态中,对于国际法代表了所有国家和所有个人应该服从的世界秩序的信念,可能会有许多人嗤之以鼻,认为这不过是一种堂·吉珂德式的幻觉,认为用这样的思维认识国际关系,指导外交实践,将无法有效地在一个 Realpolitik 为根本性质和表现的世界中维护国家的利益。的确,让所有的人甚至尽可能多的人产生和确立对国际法的信仰如果不是不可能的,也是极为艰难的。那

由于这两个英文词特别是 Right 是多义词,因此很难找到准确的中文对应,“权利对权力”可以是一种近似的理解。美国学者路易斯·亨金等人曾经出版一本书,主标题即是“Right v. Might”,而副标题则是“International Law and the Use of Force”。实际上,在国际法的话语中,“武力的使用”(Use of Force)只是“Might”的一种——尽管是最为典型的——而非惟一的表现形式。Louis Henkin, et al., Right v. Might: International Law and the Use of Force, 1989. 这本书已经被译成中文:《真理与强权——国际法与武力的使用》,胡炜、徐敏译,武汉大学出版社 2004 年版。

一种类似的观点将认识国际法的两个基本思路总结为 legalism 和 realism。见 Gerry Simpson, “On the Magic Mountain: Teaching Public International Law”, European Journal of International Law, vol. 10, 1999, p. 70 - 92. 其中对如何在国际法教学中平衡这两种思路提出了三种可能的解决方案。

国际法院前院长 Bedjaoui 认为,国家在终极上不过是人的共同体,而国际社会不过是人民的共同体,因此国际法的最终目的是“服务于人”。Mohammed Bedjaoui, “General Introduction”, 载 Mohammed Bedjaoui, ed., International Law: Achievements and Prospects, p. 12 (1991). 一位德国国际法学者则称国际法为“人类的宪法”,见 Christian Tomuschat, “International Law as the Constitution of Mankind”, 载 United Nations, International Law on the Eve of the Twenty - first Century: Views from the International Law Commission, p. 37 - 50 (1997)。

参见 Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law, p. 68 (1964); 宦乡:“和平、合作与发展——走向二十一世纪的人类文明”,《中国国际法年刊》,1985 年,第 323 - 333 页;Sienho Yee, “Towards an International Law of Co - progressiveness”, 载 Sienho Yee and Wang Tieya, eds., International Law in the Post - Cold War World: Essays in memory of Li Haopei, p. 18 - 39 (2001)。

么,对国际法持有一种现实主义的看法是否就必然意味着否认国际法的作用与功能?

国际法的价值属性并不排斥国际法的工具属性。国际法也可以并的确是一种国家可以用来维护国家利益的工具,在此也仅在此意义上,国际法对一个国家的用途与其国防军并无实质不同。但是,同样作为工具,国际法与国防军所代表的武力有诸多的不同。首先,在逻辑上,国际法可以——尽管不是一定能够——解决国际关系中的几乎任何问题;而从政治和法律的双重角度而言,在国际关系中使用武力都是在其它手段不足以达到国家目的时的最后手段(ultima ratio),而且不一定是有效的手段。其次,在事实上,国际法已经成为国家解决彼此之间的问题、处理共同关心的事务的最常用、最有效的手段。在当今世界,几乎找不到人类生活的任何一个领域不再受到国际法的调整,甚至连使用武力本身也要受到国际法的制约,尽管这样的制约并不总是很成功。第三,正因为国际法调整越来越多的人类生活领域,因此一个国家需要保护的利益就越多,对国际规则的需要和依赖程度就越大。例如就美国而言,我们往往只看到它在世界各地的军事存在和某些违反国际法规则的行为,而经常忽略这样一个事实,即美国非常重视国际法的研究,具有一支无论质与量都排在世界前列的国际法实践和研究队伍。第四,由于各国实力的差别,各国诉诸武力的能力是不同的;但各国运用国际法这一工具以维护本国利益的机会——尽管受到实力的一定制约——却是等同的。因此,如果我们过分地迷恋“实力”而忽视国际法的作用,则在逻辑上我们没有办法解释为什么这世界上绝大多数的国家并不是倚靠以军事力量为特征的“实力”生存和发展,在实践中也可能或必然因为这样的态度而无法有效地保护自己的利益。实际上,在我们谈论“提升综合国力”的时候,心中所想往往只是诸如工业、科技、军事等“硬实力”,而不一定包括社会与法律制度、道德与文化水平、管理与应变能力等“软实力”,认知、掌握和运用国际法的能力则很有可能在更小的程度上,被更少的人认为是“综合国力”中至关重要的组成部分。

因此,国际法是“有用”的,而且根据现实情况和未来趋势,对世界的和平、秩序与发展,对我国的国际交往和现代化建设,将具有越来越明显的、不可替代的重要性。这样一种认识,应该成为我国国际法学的基本信念。

(二) 国际法之“学”:国际法学有什么用?

如果我们承认国际法无论对于整个世界还是中国,都是“有用”的,那么很显然,以国际法为学习和研究对象的国际法学也是“有用”的。我们通常认为,国际法的学必须能够指导实践,并且为此目的而要在理论上有所创新,才是“最有用”的。然而,这样的思路能否最有效地促进我国的国际法学?

任何理论的终极价值在于能够指导实践,国际法学亦不例外。任何理论研究都必须能够创新,否则这样的研究就没有意义。然而,这是否意味着每一项国际法研究都必须有所创新、能够指导实践?显然,在我们的国际法学研究中——任何其它法学领域中亦然,创新性和现实性被自觉不自觉地作为衡量一项研究是否有价值的重要——如果不是惟一的——标准。这在法学各学科的博士、硕士论文写作要求和评判标准中体现得非常明显。对于在其它法学学科中做这样的要求是否合理本文不敢置喙,但仅就国际法学的研究而言,对这样的指导准则必须有正确、清楚的认识,否则效果可能适得其反。

1、理论创新

理论创新作为我国国际法学研究的指导思想是完全正确的。但是,在理论上有所创新之前,我们必须先考虑几个前提性的问题。首先,我们是否具备创新的条件和能力?其次,创新是否意味着每一项研

仅举一个例子就足以说明这一点:美国法学院出版的各类专门的国际法期刊就多达 75 种,占大学法学评论(Law Reviews)的将近四分之一。见 LexisNexis Directory of Law Reviews, <http://www.lexisnexis.com/lawschool/prodev/lawreview/spec200503.xls>。

一种从纯粹工具性的角度对国际法作用的论证,见赵理海:“清除国际法领域的虚无主义,加强国际法制观念”,载赵理海:《当代国际法问题》,中国法制出版社 1993 年版,第 1 - 10 页。

联合国宣布的 1990 - 1999“国际法十年”的主要宗旨之一,就是“鼓励关于国际法的教学、研究、传播,以及对国际法的更广泛认识”。联合国大会第 44/23 号决议,1989 年 11 月 17 日。

究都必须提出新的观点和认识?第三,创新能否“跨越式”地实现?

就创新的条件和能力而言,我们不得不承认一个事实,即国际法学研究起始于西方而且西方迄今在该领域中依然保持领先地位,我国国际法学研究落后于世界先进水平。这样的事实固然要求我们应该努力创新,树立我国的国际法学研究在世界上的地位;但同时,又要求我们对自己的任务有清醒的认识。创新不能凭空实现。只有在与之比肩的情况下,才有可能超越。因此,我们现在的首要任务不是试图超越,而是冷静地学习,学习自国际法学产生以来的所有内容,消化和吸收迄今为止世界范围内国际法学的一切成就。只有在这样的基础上,创新才有可能。可能会有人提出,这是否会导致我们的国际法学“崇洋媚外”,永远成为西方国际法学的附庸而无法自立?这样的危险的确存在,而且也为其某些领域中的事例所验证。不过,如果这样的危险成为现实,只能说明我们的学习方法有问题,而不能认为学习本身有任何错误——如果一个学徒永远不能超过师父,难道错在他不该拜师学艺吗?因此,我国国际法学理论创新的条件和能力是有限的。理论创新只能作为我们长远努力的方向,而不应该是我们每日追逐的目标。

我们还必须认识到,创新并不意味着每一项研究都必须提出新的观点和认识。首先,在任何科学领域中,创新都因为“难能”而“可贵”。我们不能指望或要求任何研究都有创新,因为创新是就国际法学的整个学科而非每一项具体研究而言的。相反,我们更为迫切需要的,是老老实实地先研究国际法中的每一个问题“是什么”,而不是匆忙地对“为什么”和“干什么”提出似是而非的“新”东西。微观上,只有一个问题的“是什么”解决了,才可能提出“为什么”和“干什么”,而且,这几项任务在逻辑上并不必然要由一项研究完成;宏观上,也只有在国际法学研究中积累了尽可能多的“是什么”的答案,才可能为解决“为什么”和“干什么”提供尽可能丰饶的土壤。其次,以上提出的“先学习、后超越”的思路也决定了我们现阶段的首要任务是努力夯实基础,而非盲目追求创新。

从以上的分析已经可以看出,追求理论创新必须稳扎稳打,不能急功近利,做表面文章。然而,一种流行的思路是,只要我们了解和把握了世界范围内国际法研究的最新进展,消化和吸收了国外同行的最高成就,并在此基础上进行突破和创新,就有可能建设“有中国特色的国际法学”,在世界的国际法学研究中占有一席之地。且不说这是否是一种非常科学的思路,单就“与国际同步”、“与世界接轨”而言,目前也经常被等同为在国际法的著述中使用最新的外文资料,而不问如何、为何使用。实际上,引用外文文献本身或外文注释的数量并不代表着对于所涉及问题及其理论的深入全面的了解。相当多的著述中,引用外文文献只不过是一种点缀,有时甚至有画蛇添足之嫌。因此,一方面,在符合学术规范的前提下,不应该追求引用外文资料的形式;另一方面,还必须认识到,把握和吸收先进研究成果无法仅仅以跨越式的“高端嫁接”完成。对于国际法中的任何问题及其理论,我们应该尽最大努力在资料上和观点上全面地考察和把握其发展历程,只有这样,才可能清楚地认识这个问题“是什么”,并进而为解决“为什么”和“干什么”创造条件。

2、指导实践

我国的国际法研究缺乏实践性或通常所谓的“现实意义”,一直为学者和实践者所同时诟病。必须承认,我们的国际法学研究的确对我国的涉外法律实践——广义上的——未起到有力的指导作用。我们习惯于认为解决的方式在于“加强理论研究的实践性”、“学术研究与现实问题相结合”等,即国际法的研究应该紧贴实践,为现实服务。然而,这样的方针一直被呼吁,成效却不显著。问题显现为一枚硬币的两面:一方面实践部门的人员认为国际法学研究的成果很不“实用”,另一方面国际法学者发现实践部门和人员对自己的研究不甚重视。那么,问题的症结究竟在哪里?

也许问题恰恰出在对“国际法研究应该具有实践性和现实性”这一观点的认识上。这一观点从道理

上讲是不错。但是,这样的道理不能被绝对化、庸俗化。与“创新性”的问题一样,我们也必须认识到,具有实践性同样是就国际法学的整个学科而言的,而非每一项研究都必须与现实结合,提出对实践有指导意义的观点或理论。说得绝对一点,我国的国际法学研究之所以不能也无法具有实践性,问题的关键可能不在于理论研究离现实太“远”了,而很可能在于“太”近了!是我们太执着于经世致用的功利目标了!

在任何学术研究中,我们都必须区分经常被混为一谈的两个方面。一方面是研究的目的,另一方面是研究的方式。我国的国际法学研究的终极目的必然也应该是促进我国的国际性法律活动,从法律角度维护我国在国际关系中的利益。然而,这并不意味着在研究过程的每一个环节、研究内容的每一个方面,都要直接地体现这样的目的。这实际上是一个很简单的道理,就如同一个同时身兼法学教师和律师的人,就某一个具体的案件,在课堂上他/她作为教师,应该对案件从法学理论和法律规定的各种角度做全面客观的分析,使受众对这一案件和相关问题有尽可能全面的了解;但在法庭上,他/她作为案件一方的代理人,就必须竭尽全力在法律规定的范围内维护被代理人的利益。将这一简单的道理转换到国际法研究领域,则意味着当我们只是学者而非政府发言人或外交部顾问时,研究国际法的方式应该客观、心态应该平和,尽可能“就事论事”,专注于需要研究的国际法问题本身而非这一研究的功用。国际法学者的主要任务是分析和研究国际法的“法理”——国际法整体及其具体规则的原理,而并不一定要给出每一个具体法律问题的可操作的解决方式。如何运用这些“法理”来解决实际问题从根本上来说不是学者的使命,而是实践人员的任务。可惜的是,在我们的国际法研究中,有相当部分是将学术理论当作外交对策来对待,将法律问题当作政治事务来处理,在并没有进行从客观角度而言认真、全面、公正的评述之前,就急匆匆得出具有“政治正确性”的结论。这样的研究,看似坚持了“正义的立场”,维护了国家的利益,但其实际效果如何,是很值得怀疑的:轻而言之,这样的研究是“皇帝的新装”;重些来说,这样的研究则是“帮倒忙”。

因此,尽管任何学者都有“理论联系实际”,从实用角度进行国际法研究的学术自由,但是如果希望国际法学作为一个学科总体获得生命力,那么现在最需要的恰恰是摆脱长久以来主导甚至垄断我国国际法学的实用主义态度和做法,“为理论而理论”,“为研究而研究”。只有经过这样的过程而产生的国际法研究成果,才可能为我们一直追求的“创析”提供条件和基础,才可能被用来——不是主动语态的“去用以”——影响和指导国际法的实践。

(三) 国际法之“衍”:国际法与国内法如何联系?

长久以来,在我们的法学研究和教育体系中,国际法学被作为与宪法学、刑法学、民法学、诉讼法学等并列的部门法学之一,而这样一个事实则被忽略,即国际法是和国内法相并列的法律体系,而非与宪法、刑法、民法、诉讼法等并列的法律部门。另外还有一个潜在但长期存在的心理是,国际法是某种只与外交、条约、战争、国际组织等有关的一种现象,只发生在纽约、日内瓦和各国的外交部,而远离我们的日常生活和法律实践。这样的认识导致了国际法学经常被自觉不自觉地作为法学中的某种“另类”,某种与法学的其它部门不相干的“附属品”。

在法学理论中,划分法律部门的最主要和最通行标准是调整对象。同样的标准也被用来划分国际法与国内法:即所有调整国际关系的法律规则构成了国际法,而调整仅限于一国之内关系的法律为国内法。在相当长的时间内,由于国际关系和国内关系的不同,无论法学家从理论上怎样认识国际法与国内法的关系,在实践中,国际法与国内法的确是两个不同的法律部门和体系,各自独立,互不影响。这两者只是在国际法的某些协议或习惯规则需要具有国内法中的效力时,才有可能发生联系,而且这种联系涉及的国际法规则为数很少。然而,在当今时代,通常所认为的国际法与国内法的关系或者说“没有关系”,究竟是事实,还是似是而非的思维定式?

为了讨论的必要,在此有必要引入一种新的区分国际法与国内法的标准,这样的标准将有助于认识国际法与国内法的真正关系。不过需要澄清的是,这里所说的国际法与国内法的关系并非国际法在国

内法中的地位与效力这样一个经典问题,而是两者相互作用和影响的关系。这种区分国际法与国内法的标准是:法律的创制主体和适用范围。具体而言,如果某一法律规则的创制主体和约束对象为不止一个国家,则这样的规则是国际法规则,由之构成的法律体系则是国际法;如果某一法律规则的创制主体和约束对象为仅只一个国家,则这样的规则是国内法规则,由之构成的法律体系则是国内法。

如果将国家和个人(包括自然人和法人)作为人类社会关系的最基本主体和行为者,则可以得到五种不同类型的社会关系:一、不同国家之间的关系;二、一个国家与其它国家个人的关系;三、不同国家的个人之间的关系;四、一个国家与其本国个人的关系;五、同一国家之内的个人之间的关系。

在传统上,第一类关系由且仅由国际(公)法调整,而最后两类关系由且仅由国内法调整。这符合传统的国际法与国内法的划分,以及国际法与国内法适用于调整不同社会关系的印象。但是,只要经过初步的考察,我们立刻就会发现,在当今社会,所有这五类层面的关系,均受到国际法和国内法——按上面的划分——的调整,尽管其范围和程度并不相同。按以上定义理解的国际法除了调整第一类即国家与国家之间的关系外,也调整一个国家与其它国家个人的关系,如《关于解决各国和其他国家国民间投资争端的公约》、《联合国已婚妇女国籍公约》等;不同国家的个人之间的关系,如《联合国国际货物销售合同公约》、《联合国海上货物运输公约》(汉堡规则)和《海牙遗产继承法律适用公约》等;一个国家与其本国个人的关系,如国际人权公约等;以及同一国家之内的个人之间的关系,最典型的如《国际刑事法院规约》第6条、第7条,和作为国际人道法核心的“日内瓦四公约”的共同第3条等。而另一方面,按以上定义理解的国内法也调整所有这五个层面的社会关系。一个国家与其本国个人的关系,以及同一国家之内的个人之间的关系,因为基本局限在一国范围之内,不言自明当然主要由国内法调整:调整一个国家与其本国个人关系的法律为公法如刑法、行政法,而调整国家之内的个人关系的法律为私法如民法、商法。但国内法也同时调整其它三个层面的关系。以我国法律为例。我国的《领海及毗连区法》、《外交特权与豁免条例》等都是由我国的立法机关制订的,毫无疑问是我国的国内法。然而,这些法律调整的关系却决不仅仅是“国内关系”,而在相当大的程度上包括我国与其它国家的关系即对我国而言的国际关系。《外资企业法》、《外商投资企业和外国企业所得税法》和《外国人入境出境管理法》这些通常所称的“涉外法律”调整大量的我国作为一个公法主体与外国国民(包括自然人和法人)的关系;即使在调整婚姻和收养关系的法律规定中,涉及到管理外国人之婚姻和收养行为的规范,也属于此类。而几乎所有私法性质的我国法律都可能调整在不同国家的国民之间,特别是我国国民与外国国民之间,发生的财产、合同、婚姻等等关系,比较典型的如《民法通则》第142条、《合同法》第126条和《继承法》第36条等。

可见,国际法和国内法两个法律体系调整的领域和层面已经没有根本的分别,所差只是调整的手段、深度和广度不同。这样一种现象,对国际法学有什么样的意义和影响?首先,这对国际法学是一种挑战。这需要我们重新审视国际法,认识到国际法尽管仍然是 of States——“国有”、by States——“国治”,但已经不完全是 for States——“国享”了。国际法已经成为国家规范和调整任何社会关系包括传统上不属于国家间范畴的关系的手段,国际法已经深入到人类生活的各个领域,直接或间接地规定着所有层次和类型的社会行为者的权利和义务,影响着这个地球上每一个人的生活。对这一点,只要我们翻

一种类似的方法是以法的创制主体和适用主体的不同来划分国内法和国际法。见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第56页。

类似的但有一定差别的观点,见万鄂湘、黄志伟:“论国际条约与国内法的关系”,载黄进、肖永平主编:《展望二十一世纪国际法的发展》,湖北人民出版社2001年版,第9-12页。

认为国际法是“of States, by States, and for States”的观点,见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第19页,脚注。美达马托则认为“国际法”这一术语表明了“a law of, by, and for nations”。见Anthony D'Amato, The Concept of Custom in International Law, p. 33 (1971)。亨金的表述则更为符合实际:“The international system is a system of states, made by states, perhaps largely - still - for states, but not only for states. ... States can make law for themselves, but need not make law only for themselves.” Louis Henkin, International Law: Politics and Values, p. 17 (1995)。

阅一下在联合国登记的条约的内容,就会一目了然。因此,尽管不存在、近期内也不可能产生“世界法”,但国际法学的的确确正在成为一种“全球法学”,一种关乎全人类及其每个成员的学问。这样的国际法学已经远远超出了让我们感到熟悉和安全的范围,也迫使我们重新认识国际法学者的任务和角色。但是其次,这对国际法也是一个机会。由于国际法和国内法的调整范围已经在相当大的范围内重叠,因此有许多事项同时受到国际法和国内法的调整。我们不必去深究在理论和逻辑上国际法和国内法是否属于同一个法律体系以及孰高孰低,或者 *pacta sunt servanda* 是不是一项“最高规范”,但我们必须承认,在法律实践中,国际法正越来越成为制约和引领相应国内法规范的标准,国内法的发展和变化受到国际法越来越大的影响。例如在我国,经济、商业、贸易领域的法律法规要与世界贸易组织的规则“接轨”,刑事诉讼法的前次修改和正在考虑中的修改充分考虑和结合了国际人权法中的相关规定;同样,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》为我国打击犯罪提供了新的法律工具,《联合国气候变化框架公约》及其《京都议定书》也给我们带来了巨大的挑战和商机。这些情况表明,不管在学科设置上国际法学与国内法学如何被割裂开来,在现实中这两者是紧密相连的。尤其对于国内法学而言,仅仅学习和研究本国的法律或稍有进步地了解外国的法律,对于应对当前的法律问题恐怕是不够的。可以说,掌握国际法的基本知识,在当今世界对任何学习国内法的人都是必要的。这样一个任务,一方面固然需要国内法的研究者认识到国际法的重要性,另一方面也需要国际法学者的大力宣扬与传播。能够对国内法学起到促进作用,这对国际法学来说,不啻是一种焕发新的活力的机会。

(四) 国际法学之“本”:国际法学需要怎样的基础?

1、教科书建设

教科书是任何一个学习者接触国际法的第一步,好的国际法教科书是培养出优秀国际法人才的最起码物质基础。可以说,一个国家的国际法教科书的水平,是反映这个国家国际法研究的总体水平的一个指标。一部好的国际法教科书,应该既能为学习者提供最为全面、丰富的国际法知识,又能把握时代的脉络,使学习者用以反观相关的国际实践;既能反映成型的国际法规则和理论,又能体现编著者认识国际法的视角和范式。

但在我国,很难找到达到这些理想标准的国际法教科书。与世界范围内的优秀国际法教科书相比,我国的国际法教科书不仅总体上存在差距,而且还有两个突出问题,即缺乏独创性和可持续性。除了周鲠生先生写于20世纪60年代的《国际法》^[1]以外,我国国际法教科书的代表作是几乎集全国国际法学者之力、由王铁崖先生主编的1981年《国际法》^[2]教科书。从产生的时代背景而言,这本教科书是一个巨大的进步,其中既包括了对新中国国际法理论的总结,也突破了某些此前存在的对国际法的偏狭认识。可惜的是,这本教科书所代表的努力精神没有被继承,反倒是其体例和风格、思路 and 观点成为此后相继出版的几乎所有国际法教科书的模本。可以说,在我们现有的国际法教科书中,鲜见既融会各家之长,又独树一帜者。而且,我国绝大部分的国际法教材都是一版而终,极少有修订再版者。与之相对照的,则是世界范围内著名国际法教科书的一版再版,由一代又一代甚至并非同一国家的学者推陈出新、“与时俱进”。例如, Peter Malanczuk 修订的 Akhurst's Modern Introduction to International Law 刚刚出版了第8版, I.A. Shearer 修订的 Starke's International Law 在10年前已经出到了第11版, Malcolm N. Shaw 的 International Law 则在2003年出版了第5版, Ian Brownlie 的 Principles of Public International Law 则在2000到2003年的短短时间里出版了第5版和第6版,被我们奉为经典的 Oppenheim's International Law 最新版尽管是在1992年出版,但也已经是该书近90年历史上的第9版。这样的教材能够一方面根据使用的情况做出补充和完善,另一方面又根据国际法的最新发展变化做出修改和调整。相比而言,我们迄今为止没有任何一部国际法教科书能达到这样的学术境界和操作水平。

为什么我们没有好的国际法教科书?原因有若干。首先,是我们没有充分考虑到教科书对于整个国际法学科发展的重要性,认识到教科书往往是初学者获得国际法的基础知识、对国际法感兴趣的第一

步。其次,是我们没有完全了解到教科书的困难性。在很多人看来,编撰教科书大约是最容易的学术工作,而没有认识到产出一本有价值的教科书是远比完成专著更为艰辛、更显能力的工作。第三,是我们的评价体制:有些人会因为对现实利益如晋级有用而拼凑教科书,有些人则会因为对现实利益如评奖无用而同样拼凑教科书,总之是为了教科书本身的功用以外的目的。第四,是因为下一部分提到的国际法基本理论研究薄弱的现状:没有深入、扎实的国际法基本理论,也就不太可能产出高水准的教科书。

2、国际法基本理论研究

在任何科学领域中,对最基本问题的研究,都是认识和解决该领域中具体问题的“基础与根本”。在国际法学中,对于国际法的本体、发展、作用、价值、运行、研究方法等基本理论问题的研究,是认识和解决国际法各具体领域中具体问题的理论前提。如果说国际法教科书能够为国际法的初学者奠定知识基础,有关国际法基本理论的专门研究则是培养国际法专业人员——至少是研究人员——的必经台阶。我们很难想象在对国际法的这些基本问题没有足够深入和全面的研究之前,能够对国际法的具体问题进行任何有意义的研究。而我国国际法学研究的一个突出缺点,就是国际法基本理论研究的贫乏。除了老一辈国际法学者曾经严肃认真地在基本理论研究方面力图有所贡献以外,有关国际法基本理论的成果特别是专著极其有限。而且,这些研究成果普遍存在着一些共同的问题。首先,从质量上看,即使不多的成果也很难说为国际法的学习和研究提供了“法学阶梯”。其次,从对象上看,很多研究热衷于围绕着“国际法基本原则”和“主权是国际法的基础”等论题展开,而对其它许多更为重要的方面涉及不多。第三,从方法上看,很多对基本理论问题的研究只是从“提出问题”匆忙跳到“结论”,中间的论证环节不是付诸阙如,就是支离破碎。最后,从眼光上看,我们的基本理论研究在很大程度上还停留在“冷战”前时代,而对于最近十几年间国际法的发展以及这些发展的前因后果,缺乏足够的洞察力,往往以旧有的认识做简单化的处理。

之所以出现这样的局面,原因是多方面的。首先,不能否认的是,在新中国 50 余年的历史,前 30 年的国际法研究基于当时国际环境和国内情势,具有强烈的实用和政治色彩,使得国际法基本理论研究既无必要,也无可能。而这样的影响,迄今没有完全消除。其次,随着最近 20 余年来我国对外开放、参与国际事务在深度和广度上的迅猛进展,我国面临着大量的、具体的、现实的、迫切的国际法律问题需要解决。在这样的情形中,基本理论研究似乎“远水解不了近渴”,被束之高阁也属无奈。第三,就学者自身的选择而言,一方面由于“理论要联系实际”的惯性思路,另一方面由于研究具体问题远比研究基本理论省时省力且易于“面世”,因此很少有人愿意专注于吃力不讨好的基本理论研究。最后,即使有人能够摆脱以上的羁绊和困扰,愿意在国际法基本理论方面进行探索,也往往感觉力不从心而难有建树。这一点,既是我们缺乏基本理论研究的一个原因,同时也是我们的国际法学研究长期以来缺乏思辨传统的一个结果。

基本理论研究是整个国际法学的“内功”,没有深厚的“内功”,在短期内也许可以练好一招两式应付

“国际法基本理论不同于国际法个别领域的理论。后者只适用于局部,……前者统贯全局,是涉及国际法一切领域,构成整个国际法的基础和核心理论。”赵理海:《国际法基本理论》,北京大学出版社 1990 年版,第 1 页。

例如,2001 年召开的“展望 21 世纪国际法发展”研讨会出版的论文集中,包括了 13 篇有关国际公法的论文,但其中只有一篇有关国际法的基本理论(国际条约与国内法的关系),其它论文全部有关国际法的具体问题。见黄进、肖永平主编:《展望二十一世纪国际法的发展》,湖北人民出版社 2001 年版。

例如,赵理海:《国际法基本理论》,北京大学出版社 1990 年版;李浩培:《国际法的概念和渊源》,贵州人民出版社 1994 年版;王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社 1998 年版。

对国际法目前最新发展的审视,见“论 21 世纪国际法与国际秩序的应有建构”,载曾令良主编:《21 世纪初的国际法与中国》,武汉大学出版社 2005 年版,第 3 - 31 页。其概括与论述相当全面,但仍嫌不够深入。

例如,潘抱存的《中国国际法理论新探索》(法律出版社 1999 年版)是在国际法基本理论研究方面可贵的努力之一,但依然未能彻底摆脱“指导实践”、“联系实际”的思路:“具有中国特色的国际法学……要研究和本国利益密切联系的课题,为我国的国家利益出谋献策”。详见该书第 4 页。

局面,但长此以往,很难有根本性的进步与成就。目前,我国国际法基本理论研究贫乏的不良影响已经逐渐显现出来。以上提到的许多问题——对国际法的性质、国际法学的作用和方法的模糊认识,对国际法与国内法关系的缺乏了解,国际法教科书存在的问题等,其重要原因之一就是国际法基本理论研究的薄弱。可以说,加强国际法基本理论研究,是我国国际法学界的当务之急。

(五) 国际法学之“材”:国际法学需要怎样的研究队伍?

经过 20 多年的辛勤努力,我国已经建立了一支相当规模和质量的国际法研究队伍。但是,我国国际法研究力量的现状却不容乐观。从数量上看,尽管各个高校、研究机构和实践部门维持着相当可观的国际法教学和研究人员,但由于他们承担着大量的教学和实践任务,再考虑到对国际法研究力量的需要,这些人员的数量还是远远不够的。从结构上看,国际法研究人员的队伍可以说是处于倒金字塔形态——与其它许多法学学科的情况正好相反,其中最上面的一条边是已经谢世或正在淡出的老一辈国际法学家;中间是目前承担着国际法研究的主要任务的、非常活跃也不得不活跃的中年学者;而本应该作为国际法人才后备基础的青年学者,则处于日渐萎缩状态。从素质上看,目前的中年学者不具备老一辈学者的扎实基础,而青年学者尽管在知识结构上可能要优于中年学者,但愿意全身心地投入国际法学术事业的又为数不多。从领域上看,相当数量的国际法学者集中在几个比较“热”的领域如国际组织法、国际人权法或国际刑法中,而在其它某些领域中,研究人员则是日渐减少甚至后继无人,这样的领域如武装冲突法、国际水法或国际航空法。

从国际法学人才的培养来看,目前的情形是相当矛盾的:一方面,我国非常缺乏国际法研究和实践人员;但另一方面,大量国际法专业的硕士和博士研究生毕业后却找不到“专业对口”的工作,这反过来又影响了国际法专业的招生和学习国际法的学生对本专业的兴趣和热情。另外,培养一个合格的国际法人才又是一项极为艰巨的任务:不仅要有良好的法学功底,还需要具备国际关系学等相关知识;不仅要精通国际法的知识,还需要具备以至少一种外语作为工作语言的能力。可以想象,如果一个学生在经过艰苦的努力,具备了这些能力之后,工作前景却极其黯淡,这会对其从事国际法工作的信心造成怎样的打击。因此,也就不难理解为什么在每年国际法专业硕士、博士研究生的招生中,尽管报考的绝对数量也不少,但其中有相当一部分是为了避免就业的压力而“病急乱投医”,而非真正对国际法感兴趣的現象了。

由于多种因素的影响,以上这些问题不是一朝一夕能够解决的,也不是凭国际法学者自身的努力能够克服的。我们只能期望整个国家和社会能够尽快地提高对国际法和国际法学重要性的认识,加强对国际法研究的支持,创造出对国际法学更加具有激励性的条件与氛围。不过,另一方面我们也必须对国际法学有一种平和而低调的心态,认识到无论在任何国家、任何时期,国际法都不太可能像其它某些法学部门那样成为门庭若市的“显学”、人人投效的“豪门”;国际法学可能永远都是一个艰难而寂寞的领域,需要投身于其中的人艰难而寂寞的努力。因此,对于国际法学目前的某些问题,如研究队伍的萎缩和学科吸引力的下降,我们没有必要一定得出悲观的结论。这至少说明,目前国际法学界中的学者,是受到了国际法学那高深、宏大、奇妙而富有挑战性的魅力的吸引,才投身这一领域的。只要存在对国际法学的这种感觉和热情,整个国际法学和每一个从事国际法学研究的人就会获得并保持恒久绵长的学术生命力。

也许每一个国际法学者都可以这样一段话自慰:“你们应该相信,有时候这世界上最重要的事情并没有太多的市场价值,而你们必须准备为做这些事情而付出金钱上的牺牲。(你朋友对你的友爱也许是你生活中惟一值得珍贵的事,但那有任何市场价值吗?)如果赚钱使生活值得活下去,你们很可能应该进入其它领域而根本不是国际公法。另一方面,如果把你的生命贡献给世界和平与人权的理想使你的存在有意义,也不要期望其它领域能给你什么。因为如果其他人也看重世界和平与人权,那么我们可能已经达到了这些理想,现在也就不再需要你们的服务了。但是,大多数人把注意力放在建造毁灭星球的核武器和圈内人对圈外人的剥削上。这种全球性的疯狂叫做市场制度,因此如果你们要与之战斗,就不要指望这一体系能给你什么回报。”Anthony D 'Amato, *International Law: Process and Prospect*, p. 240 (1987)。

三

如果本文所勾画的我国国际法学的现状过于悲观,某些方面的论断过于苛责,那是因为本文的立意在于检讨而非颂扬。我国国际法学的取得的进步和成就是绝非本文或任何人都能够否认和抹煞的。相反,正是由于这些进步和成就,我们才有信心、也有可能进行反思和检讨。而且,恰恰是这些进步与成就才赋予了本文作者探讨和反思的能力。因此,本文对我国国际法学的讨论,更多地是作者的一种自我检讨和省思,也必然受到个人学习国际法的经历与学养的制约。

本文所指出的问题,只是我国国际法学存在的问题中的一部分。而且,对于这些问题的解决,本文仅就其中一些尝试着提供了一定的思路,对于更多的问题,则只有问题“是什么”而没有解决的方案。指出这些问题“是什么”是为探讨解决方案提供一个起点和基础。我国国际法学目前存在的问题,涉及到方方面面的因素,这些问题不是一日形成的,因此也不是短期内、靠某种“灵丹妙药”就能圆满解决的。至于具体可以有哪些、怎样的解决方法,在更深入的研究之前,很难预测。但是,在解决方法的研究中,相信坚持马克思主义的两个原则总不会错。一个原则是:内因是变化的根据,外因是变化的条件;另一个原则是:“从来就没有什么救世主,……全靠我们自己”。也就是说,我国国际法学中存在的问题的解决,我国国际法学前进道路的开拓,首先要从学科内部着手,最终要靠我们国际法学人自己。

[参考文献]

[1] 周鲠生. 国际法[M]. 北京:商务印书馆,1981.

[2] 王铁崖,主编. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1981.

International Law Studies in China: Problems and Reflections

SUN Shi - yan

(Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720)

Abstract: In spite of the prosperity of international law studies in China, some problems still have to be addressed. Those problems mainly involve the following aspects: the lack of full recognition of the role and function of international law and international law studies, the pragmatism and utilitarianism in international law studies, the disconnection between international law studies and domestic law studies, the weak foundation of international law studies, and the temporary shortage of qualified international law researchers. The solution of those problems not only needs the correct understanding of and supportive environment to international law and its studies, but also ultimately relies on the joint efforts of all people involved in the international law studies.

Key Words: International Law; International Law Studies; Domestic Law Studies; Fundamental Theories of International Law

(责任编辑 寇 丽)

有学者将我国“九五”期间国际法学研究的不足之处总结为:对国际法的基本理论问题仍缺乏有意识的系统全面的深入研究;过于依赖实践的导向,而忽略了理论自身的独立性和完整性;建立有中国特色的国际法学的命题仍未收到应有重视,缺乏真正的创新;研究队伍力量薄弱;研究存在功利化倾向,有相当数量的成果属于应时跟风之作。吕岩峰、何志鹏:“世纪之交国际法学的五年回顾与展望”,《法制与社会发展》,2001年第1期,第43页。