

厦大书

国际法译丛

国际法的局限性

THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW

[美] 杰克·戈德史密斯 | 埃里克·波斯纳 著
Jack L. Goldsmith | Eric A. Posner

龚宇译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

厦
门
大
学

国
际
法
译
丛

国际法的局限性

THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW

[美] 杰克·戈德史密斯 | 埃里克·波斯纳 著

Jack L. Goldsmith | Eric A. Posner

龚宇译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际法的局限性 / (美)戈德史密斯
(Goldsmith, J. L.), (美)波斯纳(Posner, E. A.) 著;
龚宇译. —北京:法律出版社, 2010. 7

(厦门大学国际法翻译系列)

书名原文: The Limits of International Law

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0914 - 8

I. ①国… II. ①戈…②波…③龚… III. ①国际法
—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 121184 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/学术·对外出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8.375 字数/183 千

版本/2010 年 7 月第 1 版

印次/2010 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0914 - 8

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

在厦门大学国际法学科和法律出版社的共同努力和通力合作下,“厦门大学国际法译丛”问世了。这是厦门大学国际法学科发展史上值得祝贺和鼓励的学术盛事。

近年来,厦门大学国际法学科重视开展教师和学生两个层面的国际学术交流,创建厦门国际法高等研究院并连年举办“国际法前沿问题研修班”,连续参加“Willem C. Vis 国际商事模拟仲裁辩论赛”(维也纳)和“Jes-sup 国际法模拟法庭辩论赛”(华盛顿 DC),持续在国际性专业刊物和出版社发表学术论著等,均反映了本学科师生走向国际的初步努力。翻译国际法名著,则是更为基础性的国际化努力。

众所周知,我国国际法学的发展亟需汲取世界各国国际法学的精华。与国内法学者比较而言,国际法学者更迫切需要了解和学习国际同行的名著,更迫切需要与国际同行对话和交流。国际法名著的翻译成果,为我国法学院校广大师生和相关实务工作者提供了与国际法学大师更为便捷交流的中文语境,功德无量。

当下十分提倡和强调学术创新。学术创新自有其发展规律,需要经历对既有优秀学术成果的吸收、消化、扬弃、升华的过程。国际法名著的翻译工作,对译者而言,是超越时空向国际法学术大师的虚心求教,是优

秀学术成果的吸收、消化的过程,也是创新的酝酿或前奏。进而言之,翻译工作是对原作融会贯通之后的再创作。在这个意义上,翻译工作也是创新。虽然,在现行各种学术成果评估体系中,译作并未受到应有的重视,令人感佩的是,本译丛的译者能有“上善若水”的感悟与追求。

翻译的“信、达、雅”是学界一向追求和普遍认同的理想境界。对译者而言,“雅”是取决于已有文化积淀和文字功底的高标准,一时可能难以企及;而“信”、“达”则是不遗余力、必须达到的基本标准。国际法名著最理想的译者自然是学贯中西、潜心治学的年长国际法学者。由于历史和现实的种种原因,殊难如愿。值得庆幸的是,在本译丛第一批译者中,蔡从燕教授、陈辉萍教授、池漫郊副教授、韩秀丽副教授和龚宇博士等都曾在国际性专业刊物或出版社发表学术论著,或有翻译法学论著的经验。其他译者是莘莘学子中的佼佼者,后生可畏。2006年,厦门大学法学院代表队在美举行的“第46届 Jessup 国际法模拟法庭辩论赛”荣获“最佳书状奖第一名”(The Haldy C. Dillard Award),展现了我国新一代国际法学者的专业研究能力和英语运用能力,给国人莫大的自信与启迪。该最佳书状作者之一季焯博士生也忝列为本译丛译者。

“人之云,非知之难,行之惟难;非行之难,终之斯难。”本译丛作为厦门大学国际法学科建设的重要组成部分,持之以恒,当为我国国际法学的发展和繁荣作出应有的一份贡献。本译丛的生命力在于质量,希望得到国际法学界的持续关注和指导,更希望广大读者对译作多提批评意见,以利修订完善。

曾华群 谨识

2009年3月9日

目 录

导论 /1

第一部分 习惯国际法

第一章 一种关于习惯国际法的理论 /19

第二章 案例研究 /40

第二部分 条约

第三章 一种关于国际条约的理论 /77

第四章 人权 /101

第五章 国际贸易 /130

第三部分 辞令、道德与国际法

第六章 一种关于国际辞令的理论 /163

国际法的局限性

第七章 国际法与道德义务 /182

第八章 自由民主体制与普世义务 /202

结语 /223

鸣谢 /225

注释 /227

参考文献 /234

导 论

国际法长久以来都被这样的指责所困扰,即它不是真正的法律。这一误导性论断的依据在于以下一些有关国际法的无可否认但却被误读的事实:国际法缺乏一种集中或有效的立法、执法或司法体系;国际法偏袒强国而忽视弱国;国际法时常只是现存的国际行为的写照;违反国际法的行为有时却不受惩罚。数十年来一直被一种教条主义和理想主义的荒谬结合所主导的国际法研究,极少对国际法的这些特征加以解释。同时,它在阐释国际法如何实际运作方面也几无进展,例如,国际法如何产生及演变;国际法如何影响禀赋不同的国家相互之间的行为;国家在何种情况下以及基于何种理由遵守国际法;国际法为何在国际关系辞令中扮演如此重要的角色。

本书试图为这些问题以及诸多其他的相关问题提供解答。本书试图通过国际法研究与国际政治现实的结合来阐释国际法如何运作。我们的理论把通常被国际法学者所忽略或低估的两个国际政治要素置于首要地位:国家权力和国家利益。同时,本书将运用一种极少在国际法研究中使用的方法论工具——理性选择理论,来分析这些要素。简言之,我们的理论认为,国际法产生于各国基于对他国利益及国家间权力分配的认知,理性地追求利益最大化的行为。我们并不是最早援用国家利益这一概念来阐释国际法规则的人(Oppenheim 1912),但这一概念过于经常地被人以含糊和臆断的

方式援引。我们的目标是将国家利益观念与简单的理性选择模型相结合,以提出一种综合性的国际法理论。我们亦将从我们的分析中总结出标准化的经验。

本导论旨在讨论我们所作分析的前提假设,对我们的理论作一个总括性概述,并确定我们的理论在各种不同的国际法和国际关系理论学派中所处的位置。

假 设

国家的行为是理性的并以增进其利益为目标,这一假设并非是不证自明的。这一假设的所有构成要件——国家是相关行为者,国家具有可确定的利益,国家通过理性的行为增进这些利益——皆非定论。然而我们相信,以国家为中心的理性选择理论,如果运用得当,会是理解国际法的一种极为有用的方法。以下是关于我们对国家、国家利益以及理性等概念的使用的一个简要讨论。进一步的详述将在随后各章中进行。

国家

一个国家的存在依赖于其国民的心理认同。如果所有的美国国民不再认为美国是一个国家,并转而认为他们是印第安纳州或得克萨斯州或某个其他次级单元的国民,那么美国将不复存在,取而代之的将是为数众多的新国家(这事实上正是 20 世纪 90 年代苏联和南斯拉夫解体时所发生的情况)。此外,“国家”是一个抽象概念。虽然国家的特征从直觉上而言是明晰的,但国家与外界对其施加的影响之间的区别有时却模糊不清。与之相关的是,除非在比喻的意义上,国家本身并不会实施行为。作为个体的领导人参与条约的谈判并决定是否遵守这些条约。由于一个国家的存在以及国家的行

为最终依赖于个体的信念与行为,有人可能会驳斥国家具有自身意志这一假设,并坚信任任何有关国家行为的理论必须具备个人选择理论的微观基础。

尽管存在上述顾虑,我们仍然将国家作为本书论述的主角。这样做的主要原因在于国际法针对的是国家,并且在大多数情况下并不针对个人或诸如政府之类的其他实体。NAFTA 并未施加国际法律义务于克林顿或克林顿政府,而是施加于美国。美国将持续受这些义务的约束,直至未来某一届政府令美国退出该条约。此外,虽然国家属于集合体,但它们可以安排其自身像个体一样行动,就像公司所做的那样。一般而言,公司行为比国家行为更容易理解。公司的利益——在付出因将权力赋予公司经营个体而产生的代理成本的前提下为股东赚取利润——通常也更容易确定。同样更容易设想的是公司的义务不会因经理、董事及股东的更替而终止,因为该义务是由国内法院强制实施的,并不因何人偶然控制公司而异。尽管如此,国家利益还是可以确定的(如下文所述)。通过各种国内机构,国家能够并且确实维持了其团体身份。常识和历史经验都表明,国家具有自身意志,并因而被认为能够基于可确定的目标作出决定及采取行动。

将国家置于分析的中心点必然会限制分析的范围。除了顺便提及外,我们不讨论关于国家如何形成与解体的那些重要而令人费解的国际法边缘议题。许多学者将欧洲联盟的一体化视为一种雄心勃勃的国际公法的可能发展模式。虽然欧盟一体化方案在某些方面是经由国际法创制的,但我们认为将其视为类似于 20 世纪之前在美国(在《联邦条例》时期,美国曾被一些人视为受国际法管辖的国家联盟)、德国和意大利发生的统一运动的多国联合范例更为有益。无论如何,我们都不涉及任何与国家统一或一体化有关的理论。同时我们也不会(除在第四章分析人权时简要涉及外)过多地谈论相反的观点,即国家权力正在流失,并向下转移至更小的国家单元(如

苏联和前南斯拉夫的解体)、次国家单元(如遍及欧洲的权力下放运动),以及跨国公司和跨国非政府组织(NGOs)。

国家利益

当论及国家利益时,我们指的是国家对于各种结果的偏好。国家利益并不总是能够轻易地被界定,因为国家包含了诸多机构与个体,而它们对于结果的偏好显然不尽相同。然而,一个国家——特别是一个具有秩序井然的政治体制的国家——是能够基于可确定的偏好或利益作出连贯一致的决策的,因此根据国家试图实现的主要目标来解释国家在国际层面上的行为是自然而平常的。

我们一般通过依据各种证据探究国家政治领导层的偏好来确定国家在特定法律体制下的利益。这一假定过于简化,而且失之完美。但它却节省笔墨并且恰如其分,因为正是一个国家的政治领导层,在诸多利益诉求的影响下,决定与国际法有关的国家行为。在本书的部分内容中——例如,在解释批准程序对于条约的重要性,或在分析影响一国国际贸易政策的利益集团时——我们将从这一简单的假定出发,并考虑各种不同的国内集团及机构如何影响政治领导层的与国际法相关的决策。

我们避免对国家利益的内容作一成不变的假定,而是认为它们可以根据环境而变化。这使我们的研究与某些将国家利益仅限于安全和(或)财富的现实主义者的研究相区别。我们对于国家利益之具体内容的相对不可知论已使得某些对我们以往的研究提出批评的人声称我们能够视必要调整国家利益的内容,以适应我们想要得出的结论。确实,我们所作之阐释的说服力取决于我们对国家利益之界定的准确性,而国家利益在某些情形下是很难界定或者有争议的。我们已经设法尽可能客观地确定国家领导人在特定法律体系下的偏好,至于我们是否做到了这一点,可交由我们的批评者去评判。

本书所使用的国家利益概念切不可与增进国家福利的政策相混淆。在每一个国家,某些个人或集团——精英阶层、公司、军队、专制者的眷属——对领导人制定国家政策的行为都会有不成比例的影响。即便在民主国家,将个体偏好转化为特定政策的制度往往也是有瑕疵的,它可能因腐败、官员的不称职,或蓄意设置的障碍(如权力分置)而无法正常运作,有时还会被利益集团所控制。这些扭曲机制的不可避免的存在意味着我们所使用的“国家利益”一词并不必然,或甚至并不通常等同于使一国公共福利最大化的政策。任何有关国际法的阐释性理论都必须考量国内政治中代理人的自主余地,而我们主要通过关注领导人意图加以最大化的目标来实现这一点(Krasner 1999)。这样做的一个结果便是我们对“国家利益”一词的使用仅仅是对领导人既有偏好的描述,并不涉及道德评判。举个极端的例子,当我们分析某个领导人在侵犯人权之行为中所追求的利益时,我们指涉的仅仅是在该领导人看来有利于维护其统治权威的最佳政策,我们并不认为侵犯人权在道德上是正当的。

理性选择

国家在国际层面上的行为无疑具有很大的工具性成分,而理性选择理论为理解工具性行为提供了实用的模型。政治学者通过使用理性选择工具,已对国际关系的诸多方面提出了深刻见解,并开启了诸多富有成效的研究议题。我们相信理性选择能够为国际法研究提供同样的启示。

我们的国际法理论假定国家的行为是理性的并以追求其利益最大化为目标。这一假设包含了理性选择理论的一般性前提:内含在国家利益之中的对结果的偏好是连贯一致的、完全的,以及可传递的。但我们并不认为理性选择理论准确地描述了一个“国家”在所有复杂问题上的决策过程,或理性选择理论能够为有关国际行为的细致预测提供依据。相反,我们只是从实用主义角度将理性选择理

论用作一种工具,以构建我们的观点、体系以及阐明我们的假设。没有任何理论能够完美、精确地预测所有的现象。我们并不否认,由于领导人失误或体制失灵等原因,国家的行为有时并不理性。我们只是认为与其他理论相比,我们的假设能对与国际法相关的国家行为提供更好以及更细致的解释。

对理性选择理论持批判态度的著述有很多,在这里我们将介绍其中的三类批评意见。首先来谈一下集体理性。按经济学的理解,理性主要是个体的特性,而且即便对个体而言它也只是一种大致的描述。将这一概念应用于诸如公司、政府及国家等集合体时必须慎重。基于先前提到的某些原因,社会选择理论对于集合体具有连贯一致的偏好之观点持怀疑态度。然而,如果认真考虑这一批评,我们就会发现任何有关国际法,或者甚至在此问题上有关国内法的解释均是值得怀疑的。相比于国家而言,动荡不安在前国家或非国家状态,即在那些无法建立稳定制度的人的群聚体中更为普遍。如前所述,当存在国家时,人们已采取了相关的制度以确保政府长期选择总体上连贯一致的政策——这些政策在广义层面上可以被视为体现了我们所理解的国家利益。

对于理性选择理论的另一质疑来自于认知心理学家,他们已证实个体会犯认知性错误,有时甚至会系统性地犯认知性错误。我们并不否认该学说提出的基于经验的论断。历史上从不乏国家领导人在国际场合行动时犯错误的事例,而将这些错误溯源至有关认知偏差的标准清单也是可以理解的(McDermott 1998)。问题在于认知心理学家的研究迄今尚无法提出一种能够引导国际法和国际关系研究的关于人类(或国家)行为的全面理论(Levy 1997)。这样一种理论的存在确有可能引致对于国际法和国际关系的更精确的理解。但也不一定,因为个体的认知错误对于国际关系的宏观影响——即便有的话——可能是很微小的。经济学理论依据其关于理性的简单假定,已提出了富有价值的洞见。对我们的理论的评判不

应以其方法论假设的本体精确性为标准,而应依据它对国际法相关问题进行阐释的清晰程度。

最后,还有来自国际关系学界的建构主义学者的质疑(Wendt 1999)。鉴于建构主义与传统的国际法学说具有相似性——例如,它致力于对国家行为的非工具性解释,我们对其观点的讨论将贯穿本书。这里我们先来谈一谈它对于国家偏好的批判。与理性选择理论通常(而非必然)的做法一样,我们将国家在任何特定时刻的利益理所当然地视为是既定的。建构主义学者对这一假定提出了质疑。他们试图表明个体偏好以及相应的国家偏好能够被国际法及国际制度所影响。如果这一观点成立,它将使我们的从国家利益角度阐释国际法之理论的说服力大打折扣。我们十分怀疑这一观点的正确性,尽管对此我们还无法证明。而且,建构主义学者未能证明国际法改变了个人与国家的利益。关键的问题在于国家利益的内在化——假定它可以通过连贯一致的方式实现——能否带来对于与国际法相关的国家行为的更有力的解释。我们将在接下来的几页中提出我们的理论,同时由批评者去判断建构主义是否提出了一种更好的国际法理论。

还有一点要指出的是,我们始终将一种偏好排除于国家利益的考量之外:遵守国际法的偏好。一些或者很多国民希望其国家遵守国际法,而国家领导人,特别是那些倾向于反映国民偏好的自由民主国家的领导人,可能会据此行事。理性选择理论可以将这种偏好并入国家的效用函数中。然而,基于以下两方面原因,我们反对将遵守国际法的偏好作为国家利益以及国际层面之国家行为的基础。

首先,即便假定某些国民和国家领导人具有一种遵守国际法的偏好,对这种利益的偏好仍然必须与对其他利益的偏好作比较。因而,国家遵守国际法的偏好将取决于其国民和领导人愿意在他们所关注的诸如国家安全与经济增长等其他问题上付出多大的代价。我们认为国民和领导人对后者的在意程度远甚于他们对遵守国际

法的关注;遵守国际法的偏好往往取决于其能否带来国家安全、经济增长以及其他的相关利益;而当遵守国际法要以减损上述其他利益为代价时,国民和领导人就会放弃遵守国际法。如果在这一点上我们的理解是正确的——一定范围内的民意测验结果与我们的看法相一致(Chicago Council on Foreign Relations 2002, 19)——那么可以预见,对国际法的遵守将随着其他利益之价值、国家财富,以及其他相关参数的变化而变化。

归根结底,国民和领导人对于遵守国际法的偏好程度是一个经验问题,而这并不是我们在本书中要解决的问题。我们之所以把遵守国际法的偏好排除于国家利益的考量之外,还有第二个原因,即方法论上的原因。利用遵守国际法的偏好来解释国家对国际法的遵守是毫无意义的。这样的假设并未揭示国家在何种情况下以及基于何种原因而遵守国际法,同时也未能为我们理解国际法的变更以及国家违反国际法的行为提供任何依据。一种成功的国际法理论必须阐明国家为何遵守国际法,而非假定它们有遵守国际法的偏好。

一种相关的方法论观点认为一种理论的解释力(至少部分地)取决于其可证伪性。一些对我们的早期研究提出批评的人声称我们的理论是无法证伪的。对此我们不敢苟同。尽管我们没有作出精确的预测,但在本书的通篇我们都提出了可以用经验证据加以验证的观点——例如,国际法并未将权力或财富从强国转移至弱国,以及国家无法通过习惯国际法解决大规模集体行动难题。这些预测性的观点固然不如那些经由复杂的经济分析所得出的观点那样精确,但追求如此程度的方法上的精确性并非本书的目的所在。相反,我们的目的是依据国家遵守国际法之偏好以外的其他因素,对国际法的各种特性(包括许多我们所忽略的特性)做一简单而可信的描述性说明。

学 说

在上述前提准备的基础上,我们现在将提出我们的国际法理论的框架。而在接下来的各章中,我们将对其加以详述。

假设有两个国家,A 国和 B 国。在某一时刻(时刻 I),两国都具有一定的实力及利益。实力包括军事力量、经济制度、自然资源和人力资本,而利益则由领导人在不同程度地考虑国民及利益集团偏好的基础上决定。在时刻 I,两国通过一些稳定的模式划分资源。它们沿着某一边界划分领土,同时以能够或不能够防止过度开采、利用的方式划分诸如无线电波段、渔场、矿藏等共有资源。

在另一时刻(时刻 II),由于一场动荡,时刻 I 的状态变得不再稳定。举个最简单的例子,A 国的实力(基于各种原因)相对于 B 国有了增长,于是 A 国要求从 B 国获取更多份额的资源。在过去,这一要求针对的可能是领土或贡赋。在现代社会,A 国往往会要求一些不甚有形的好处,如市场准入、强化知识产权保护、军事援助、设立基地的权利、对外援助或外交协助等。A 国亦有可能以关闭本国市场、侵犯 B 国知识产权、减少其对 B 国的军事或对外援助、削减对 B 国的外交协助等相威胁。这些情况都可能发生,因为过去 A 国向 B 国提供这些利益是为了交换其他利益,而现在 A 国已不想要或不需要所换得的那些利益。

如果 A 国和 B 国拥有关于彼此的充分信息(例如,每一方都完全清楚对方的利益和实力),并且交易成本为零,它们之间的关系将会根据动荡后的情况迅速而平稳地发生调整,并在时刻 III 形成一种新的资源划分格局:新的边界、新的外交活动、新等级的军事援助关系、新等级的对外援助或新的贸易模式。在信息不对称且存在交易成本的真实世界中,这一调整将十分缓慢并且无法达到最优。如果

两国彼此效仿,虚张声势,就新的边界讨价还价,夸大它们的实力并掩饰其弱点,就有可能发生严重的冲突,包括战争。最终,两国之间的情势会重归稳定。

两国之间的关系在任何时候都可以被描述为一套规则。但这样做时要小心,因为一些截然不同的事情可能会发生。设想 A 国和 B 国之间有一条边界。该边界是划分两国领土的规则,据此任何一国的个人或物品在未得到对方允许时都不得越过边界进入另一国领土。领土边界一般被认为经由国际法确立并受国际法调整。假定 A 国和 B 国遵守这一边界,我们的理论认为以下四种模式之一可用以解释其行为规律。

首先的一种可能是,两国中的任何一国对于越界行使权力都没有兴趣。A 国无意侵占 B 国境内的资源,即便在 B 国无力抵抗蚕食的情况下也是如此;A 国仅仅有能力控制其自身的领土,而并不想与 B 国产生瓜葛。而 B 国对于 A 国也持同样的态度。当一种行为模式(这里指互不侵犯边界)产生于每一个国家在无须考虑他国行为的情况下依自身利益行事的结果时,我们称之为利益偶合。

对于边界问题还有第二种可能的解释。A 国可能并不在意一条边界与另一条更深入 B 国境内的边界之间的差别。通过更深入的边界获得的额外领土可能会给 A 国带来好处,但同时 A 国也要为此付出代价。两国主要关注的是划清彼此之间的领土界线,即两国行使控制权的分界点,以便两国可以进行相应的规划并避免冲突。B 国与 A 国拥有同样的利益与实力。两国之间的边界一旦确定,任何一国都不会侵犯该边界,因为如果任何一方侵犯了边界,冲突就会产生。这样的一种态势可以称为协调。在协调模式下,各国从事一致的或对称的行为相比于它们不这样做,能获取更多的回报。国内生活中一种典型的协调情形就是驾驶:所有人都选择靠右行驶或靠左行驶,比起他们各行其是要好得多。

关于边界问题的第三种可能的解释是合作。在其他条件不变的