



香港世界贸易组织研究中心

国际法：领悟与构建

W. 迈克尔·赖斯曼论文集

Understanding and Shaping International Law

Essays of W. Michael Reisman

万鄂湘 王贵国 冯华健 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



香港世界贸易组织研究中心

国际法：领悟与构建

W. 迈克尔·赖斯曼论文集

Understanding and Shaping International Law

Essays of W. Michael Reisman

万鄂湘 王贵国 冯华健 主编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际法:领悟与构建——W. 迈克尔·赖斯曼论文集/[美]赖斯曼著;
万鄂湘,王贵国,冯华建主编. —北京:法律出版社,2007.5
ISBN 978-7-5036-7296-5

I. 国… II. ①赖…②万…③王…④冯…
III. 国际法—文集 IV. D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 047225 号

©W. Michael Reisman

经著作权人授权,法律出版社享有本图书中文简体本专有使用权。

著作权登记号:图字:01-2007-3203

©法律出版社·中国

责任编辑/高如华

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/787×960毫米 1/16

印张/34.5 字数/489千

版本/2007年6月第1版

印次/2007年6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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7296-5

定价:59.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审校:王楠 林峰 赵云 顾敏康

译者:马轶男 王楠 叶乃锋 时丹

严蓉 张仪 郑达轩 胡多军

施盛名 隋平 登婷婷 曾琍萍

(按姓氏笔画排名)

作者简介

W. 迈克尔·赖斯曼教授自 1965 年起任教于美国耶鲁大学法学院,现为迈尔斯·S. 麦克道格尔国际法讲座教授。作为访问教授,赖斯曼曾在东京、香港、柏林、巴塞尔、巴黎和日内瓦讲学。赖斯曼教授是世界艺术和科学研究院院士并曾任该组织执行委员会成员、国际清算银行仲裁庭主席、美国国务院国际法咨询委员会成员、政策科学中心副主席、对外政策协会董事会成员,并当选为国际法研究院院士。赖斯曼教授还曾担任美洲国家组织泛美人权委员会主席、美国国际法协会副主席和荣誉副主席以及美国国际法杂志主编等。此外,赖斯曼教授还在诸多国际案件(如厄里特里亚和埃塞俄比亚边界争端案等)中担任仲裁员或顾问。赖斯曼教授在国际法领域著述颇丰,近作包括:《外国投资争议:案例、材料和评论》(与 Bishop 和 Crawford 合著)(Kluwer 出版社,2005 年版)、《当代国际法》(与 Arsanjani, Wiessner 和 Westerman 合著)(Foundation 出版社,2004 年版)、《国际法上的管辖权》(Ashgate 出版社,1999 年版)以及《生活中的微观法律》(中译本,台北商周出版社,2001 年版)等。

主编简介

万鄂湘 1980年毕业于武汉大学外文系英语专业,1987年毕业于耶鲁大学法学院,1988年毕业于武汉大学法学院国际法系,获法学博士学位。1989年任武汉大学法学院国际法系副主任、副教授;1993年任国际法研究所所长,破格晋升为教授;1995年起任博士生导师。1992年任武汉大学社会弱者权利保护中心主任;1996年任武汉市中级人民法院副院长;1999年任湖北省高级人民法院副院长,2000年5月起至今任最高人民法院副院长、大法官。现任武汉大学法学院和人民大学法学院国际法教授、博士生导师;香港城市大学法学院、对外经贸大学法学院、中国政法大学法学院和国家法官学院国际法教授。兼任第十届全国政协常委、民革中央副主席、中国国际法学会理事、中国人权研究会副会长、中国审判理论研究会常务副会长。

王贵国 美国哥伦比亚大学法学硕士、耶鲁大学法哲学博士、比较法国际(海牙)科学院院士,现任香港世界贸易组织研究中心主席、中国国际经济法学会副会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、香港申诉专员名誉法律顾问、香港入境事务审裁处审裁员、香港城市大学中国法与比较法讲座教授、湖南师范大学特聘教授。王教授为中华人民共和国第一位获得联合国培训与科研研究所奖学金的学者,并曾赴联合国国际法院、海牙国际法学院、联合国法律部和世界银行法律部等机构学习考察,并且为第一位取得耶鲁大学法哲学博士的中国大陆学者,后到北京大学法学院任教。王教授著述颇丰,在国内外著名出版社出版的专著和著作达二十

余部,发表论文达百余篇。其于1987年由法律出版社出版的《国际贸易法律秩序》是中国内地最早的研究关贸总协定的专著之一。

冯华健 香港著名资深大律师,擅长商法、公司法和公法领域的诉讼,并对宪法、行政法及人权问题有精辟研究。其在香港执业达30年,是香港首位华人律政专员、中华人民共和国香港特别行政区首位法律政策专员。1998年离开香港特区政府后,曾赴哈佛大学担任访问学者及耶鲁大学担任高级访问院士,对宪法进行深入研究。2000年获香港政府推荐成为代表香港在美国的福莱特杰出学者(Distinguished Fulbright Scholar)。2005年被授予英国伦敦大学院士称号,并自2007年起担任北京大学客座教授。此外,冯先生亦热心编辑出版事业,曾担任《中国仲裁》的总编(Thomson出版社,2004年),并著有《民主与法治》、《繁荣汇点:珠三角的故事》等。

代 序

光阴荏苒,转眼离开耶鲁已二十余载,然每当闲暇或是与家人、朋友聊天都经常勾起在校读书的回忆。许多老师和同学的身影都立刻浮现在眼前,特别是恩师赖斯曼教授之生动的演讲、敏捷的思维、慈祥的笑容、与人辩论时的激动表情、滔滔的雄辩都历历在目。

如其在中文版序中所说,赖斯曼教授是纽黑文学派的成员。事实上,作为国际法大师迈尔斯·S. 麦克道格尔的学生,赖斯曼教授直接参与了纽黑文学派的创立。20 世纪 70 年代末,麦克道格尔教授因视力欠佳而逐步退到了第二线,当时的赖斯曼教授正年富力强,不仅系耶鲁法学院的栋梁,而且在美国国际法学界也被视为最具理论创新的中青年法学家。

当时活跃在美国国际法学界的还有路易斯·亨金(Louis Henkin)教授和奥斯卡·沙克特(Oscar Schachter)教授等。虽然论年龄赖斯曼要比他们小好多,但在讨论国际法问题时他们可是经常针锋相对,从而也成为美国国际法协会年会的最大热点。记得有一次,赖斯曼与沙克特共同参加一场研讨会,偌大的会议庭挤得水泄不通。沙克特教授一开口就是,“看来今天是非要流血不行了”。轮到赖斯曼发言时,他说:“我必须先纠正沙克特教授的错误,但这并不是为了不使大家的希望落空。”后来,两个人为了争取发言机会而抢话筒,成为国际法学界的美谈,使人们真正认识到他们对真理的追求。

在学术问题上的争论一点也不影响赖斯曼和老一辈法学家的关

系。在学术争鸣上寸步不让的赖斯曼走下研讨会的讲台就立刻变成了另一个人。他对亨金、沙克特等彬彬有礼,照顾有加。很难想象刚刚还争得面红耳赤的几个人又聚到一起谈论家庭和孩子。

赖斯曼对麦克道格尔的尊重、照顾、关怀就更不用说。无论是学生还是先生都知道他们的关系情同父子。这不要说对于美国人,即使是崇尚人伦美德的东方人亦自叹不如、为之汗颜。

如果说赖斯曼对麦克道格尔犹如孝顺的儿子对待父亲,那么他对他的学生则更像慈父以对子女。在学业上的严格要求自不必说,在生活上赖斯曼也总是从学生的角度考虑为其提供方便。20世纪80年代初,麦克道格尔已自耶鲁法学院荣休,不再从事教学,只在法学院保留一个办公室。很多学生都希望请赖斯曼指导论文,实在应接不暇了,为了不使学生失望,他就和麦克道格尔教授商量,由他挂名,由麦克道格尔指导。

毫无疑问,赖斯曼对自己的学术理念非常坚持,但这并不影响他在学术上的谦虚。赖斯曼经常向自己的学生讲,他从他们的论文和交谈中学到很多知识。甚至他在国际法的大课上,当着大家的面就向一些外国学生请教问题。正是他的谦虚态度,使得同学在课堂上可以畅所欲言,与他互辩是非。

作为国际法学界敬仰的泰斗和理论大师,赖斯曼的思想、品质、风格已经融入了他的著作。为使众多没有机会直接接触赖斯曼教授的学者、学生和实际部门的法律工作者能够了解他的学术思想,我们特地从他数百篇的论文中选择了最具代表性的著作,汇集成册,并译成中文,就教于法学界的学长、同行和同仁。

参与编辑和翻译的主要是我们的学生以及香港城市大学法学院和西南政法大学的同仁。中国最高人民法院副院长万鄂湘教授和香港资深大律师、全国政协委员冯华建教授鼎力支持并参与了稿件的审定。或可说,本书代表了赖斯曼教授几十年学术造诣的精华,中文版是所有参加者共同努力的结果。

付梓之际,谨代表赖斯曼教授、鄂湘兄、华建兄以及全体参与翻译、审校的同仁向法律出版社,特别是吕山先生和朱宁女士,深表谢忱。若非他/她们的积极推动与安排,我们便不可能在此时将此书呈献诸位。

王贵国

2007 年 1 月于香港

中文版自序

法律是每个社会组织自己及管理自身事务的方法之重要部分,国际法是整个世界组织自己以及管理自身政治和经济事务的方法之重要部分。然与其他法律体系或法律体系之其他议题比较,理解和实践国际法则要困难得多。伟大的美籍法裔观察家 Alexis de Tocqueville 曾谈道,在美国每一件事情最终都结束于法院。这一事实对美国律师思考法律的方式有着非常复杂的影响,并且实际上也在影响美国立法者制定法律的方式。在国际法上,并不存在单一的立法机关,而且法院和仲裁庭也是临时性的,充其量是边缘性的决策机构。因此,国际律师和学者在发现规范性的预期以及基于此预期评价各种选择时,便面临巨大的困难。然而更为困难的是如何确定复杂的且不断变化的适用程序,就是必须适用此类程序的裁判庭也难以确定。取而代之的是,不同的适用者可能同时或先后适用不同类型的程序。

本论文集意在理解和评价国际法律制度的综合表现以及改善之道。据此,在每篇文章中,我都试图将国际法制度与其所适用的社会环境相联系,在有意义的实践层面清晰明白地阐述国际法的目标。如果这些目标和实际效益存在差异,便会建议可行的选择和解决方法,标准是相关选择具现实意义和可操作性,而不仅仅是因为其是道德的。

纽黑文学派,我是成员之一,主张从外部,而非内部检视国际法。此研究方法要求一套不同的法理学概念,必然涉及对现行制度和实践的仔细评价和必要的批评。从现实出发,必须承认在社会的任何层面或任何特定的时间点,法律所能做的都是有限度的,特别是必须承认当代国际法

所面临的巨大挑战。现实主义是必须的;沉湎于幻想或试图建造空中楼阁(无论是裁判庭或其他组织)没有任何社会价值。

在极其复杂和极具挑战性的国际政治中,当代国际法的成就不能被否认。其失败亦不能被否认。任何人满足于国际法在一些最关键领域的表现,则有道义上的缺陷。这些领域包括:保护人类特别是那些最脆弱的成员的生命、对人类提供即使是最低限度的生活机会、维持最低限度的秩序、控制暴力以及保护我们这个星球的环境和资源等。

然任何不顾及目标且不寻求可取得更好的效益之方法的批评即是虚无主义;而既针对目标又为达致更好的结果而发明不同的选择之批评才是走向完善的必要步骤。我坚持,这是法学家天职之关键所在。

本论文集的出版完全归功于王贵国教授,是他提出了这一建议,并且组织了翻译。为此,我非常感谢他,同时也感谢他多年来为促进我们的友谊所进行的其他努力。我同时也感谢西娜·桑特丝的协助,她用一贯的技巧和耐心组织了稿件的英文版。

W. 迈克尔·赖斯曼
纽黑文,美国康涅狄格州
2006年11月17日

目 录

代序

中文版自序

从政策角度理解法律的理论 / 1

痛苦灵魂:评估和运用未经授权的强制力 / 26

从“政治上级”角度解读法律 / 66

国际造法:一个沟通的进程 / 88

国际性事件

——对一个国际法研究新流派的介绍 / 115

冷战后的国际法 / 134

国际政治中软法的概念与作用 / 143

新港国际法学派的观点 / 155

新瓶旧酒:当今国际法及其实践中的里根主义和勃列日涅夫主义 / 164

论国际法准则对于联合国经济制裁方案的适用性 / 192

国际法对恐怖主义的反应 / 256

单边行为和世界宪制过程的转变:关于人道主义干涉的特殊问题 / 307

《解决国家与他国国民间投资争端公约》法律选择条款中的缺失制度及其标准 / 325

国际法上未经批准的条约及其他有瑕疵行为:宪法性功能 / 342

2 国际法:领悟与构建

对修改战争法主张的评价 / 361

政权更迭为何是(几乎总是)下策? / 375

当今国际造法过程中的民主化及其适用上的差异 / 390

联合国的宪政危机 / 404

关于国际安全职责的不同责任规范性理论:主要国家的责任 / 429

震后余波:对“9·11”事件意义的反思 / 442

恢复与维护公共秩序的制度设计及实践 / 467

当代国际法中的主权和人权 / 478

《国际刑事法院规约》的执行情态 / 498

国际刑事法院之实际运作中的法律 / 506

从政策角度理解法律的理论

导言

我关心我自己和我所关心的人的生活质量。如果我的道德力量不足以让我关心我们人类的所有成员,那么自私的现实主义的想法就会彰显:在一个相互依赖的世界里,我的福利无法避免地与其他所有人的福利相联系。从这个角度来看,一个人有义务把被称之为“法律”的机构视为协调政治过程,其中涉及最大限度地分配所有物品的份额的全面政治运作和集体生活中供应短缺的问题,如:权力和安全、财富、教化、才能、康乐、情爱、尊重和正直。简而言之,它涉及所有的生活机会,即在多数情况下的长寿和生命本身,让我们做出决策以决定谁通过时间、政策选择和政策决定将获得这些东西。

在急切需要发展一个自我约束或专业化的过程中,许多理论家倾向找出法律和政策的区别。我不认为这样的区别是现实、适当和有用的。在我看来,当今的律师是一个建议、制定或分析社会选择或决策的专家。他把决策或选择的正常过程和他称为合法的全面环境看成是一个由社会有效权力支持的政策选择的全过程。对于一位受到决策影响的个人或其所聘请的律师来讲,该决策是否由法律机构或政治机构做出并没有什么不同;关键在于该决策是否能满足其需求。同样的,对于一位对世界秩序负有使命的人来讲,决策是否由法律机构或政治机构做出并没有什么不同。这里的关键同样是:这些发展和服务世界秩序需要的决策能否满足他的价值取向。

把法律和法律机构当成是政策选择会带来相当不同的个人与社会间的关系。法律相当部分的象征意义和其结构,以及看起来适当的表象意

义让其更适合于独裁而不是民主。这就是法律成为“主权”,而服从则成为规定的价值取向。(当然残酷荒谬的是法律本身做不了什么,法律规则变成那些操控法律表象和法律机构的行家的规则。因此托克维尔(Tocqueville)断言美国律师拥有无法比拟的权力。)将法律看成是政策的选择,其中人们参与重新全部开放所有社会价值评估过程,并不受传统势力陈旧观点和态度的制约。

这一对律师和公民开放的新角色的全新表现要求新的法律和社会概念和新法学。旧有的法律理论和法学受到了它们所产生于的政治和法律环境的深刻影响,并巧妙地结合了该环境的许多特征。除等级制度的残余观点外,这些理论不能适应全球相互依存、大社会、全球战争、工业化、基于科学的文明和不断出现的过去无法想象的变化的现实需求,它们也不符合在现代社会中制定和执行法律的权威机构复杂的需求。甚至法学界的“激进分子”,如伟大的奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)也无法跨越法院,或换句话说,也无法超越他自己。

霍姆斯毫不掩饰其傲慢地宣称:“如果想预言法院将会实际怎么做,说白了,就是我说什么,什么就是法。”活脱是一个处于法律中央的法官众生相的代表,下面的律师斗胆猜想法官所做出的决定基本与霍姆斯的得意洋洋的和高傲的自我概念相一致。从前的牧师虔诚地查看内脏来寻找证明上帝和大自然已决然决定的事情的蛛丝马迹,看来律师也是在做同样的事情。(因为,更现实地看,所要研究的就是法官自己的内在。霍姆斯一直表现出对社会学作为更有效的预测方式的希望。间接的指标更能显示出内在的预言。)

衡量一个箴言是否成功的标准是看其是否“蕴涵”什么,而不是内容是否“正确”。霍姆斯的箴言是一个不幸的遗产,因为其中并没有什么真实的东西。几十年来,律师在霍姆斯的法庭上为其代理的案件陈述和竭力辩解。试想,他们和出钱请他们打官司的当事人相信理由和雄辩可能影响到判决;我们能猜猜看当霍姆斯俯视那一群预设超过预测的可怜虫时会怎样想。几十年来,为了制定和修改本来具有预测性的法律,律师在立法委员会前辩解,在走廊上游说和在酒店房里疾书。这不是“可预测性

的”行为。在霍姆斯的“气象”法学里,其中法律的关键环节——司法被当成是一个巨大的、非人格化的,近乎自然的力量,而律师不过是一个才刚摸索进入这一复杂和变幻的法律制定和适用的以及被聘来发挥多个职业功能的过程中的,战战兢兢的气象预报员。

毫无疑问,现实中的律师被期望去对各级法院、各级政府机构、本国和外国立法机构对不同刺激的将来可能的反应进行估算,去对将来可能出现的不同情况进行演算,去对其自己将来参与其中的潜在影响进行预判。这是预测,但包含相当不同的法律概念和比法院所能做的多得多的分析判断。

举个例子,英国政府会遵守与外国公司签订的北海石油和天然气钻探开发合同吗?我们称之为普通法的先例非常重视合同的严肃性:条约必须被遵守原则。另一方面,普通法又谨慎地承认情事变更原则,即合同有“默示”条款的假设,也就是说合同的持续性效力是以合同签订时的许多事实的延续为条件的。几百年来,联合王国这个资本输出文明国度,一直要求且事实上争取,不允许政府对一国与外国公民签订的合同进行单方面征用的一项国际法律。同时,英国法也炮制出允许英国政府征用的安菲特莱特(*Amphitrite*)案。这些与我们提出的问题相关的规范是现实存在的,他们在具体事件中相互冲突。如果这就是“法”,人们能据此进行预测吗?

从这个假设的案例中,难道我们还没看出:如果不是从更广泛的范围对事物进行通盘考虑,而是单纯死抠包括“法律”和“法院”的术语的话,你无法对英国政府的将来行为进行预测。谁组成英国政府,是工党还是保守党?该党的哪一派掌权?英国经济和世界经济,特别是与英国密切联系那些经济领域,在将来的某个时间段的状况如何?北海油田在英国相关问题中的重要性和在世界市场上的重要性有多大?英国外来投资的规模有多大?如果改变外国投资的国际法律对英国外海利益影响有多重?英国对可能采取政府征用的北海油田的公司所属国家的依赖性有多强?如果是美国,美国政府能够对英国施加压力吗?或者是如果世界安全状况改变,英国能在哪些方面对美国施加压力?有权及有效处理该争议的