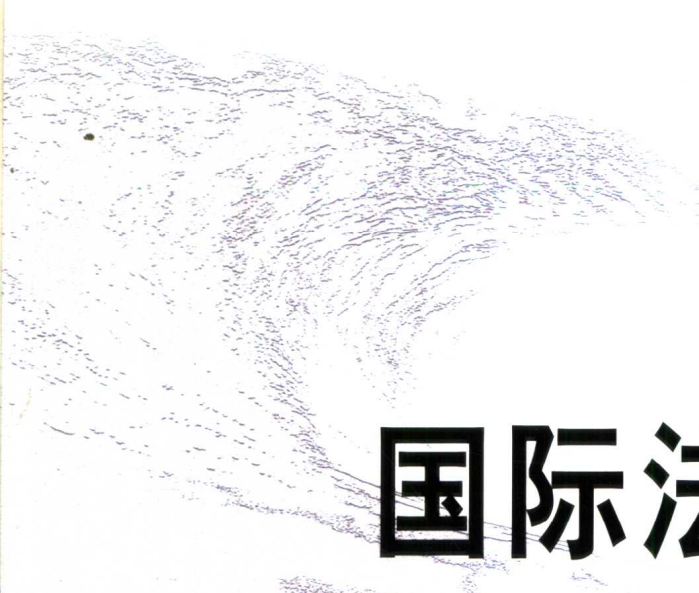




国际法学专论

■法学高等教育研究生教学用书■

古祖雪 陈辉萍 等 著



科学出版社

www.sciencep.com

法学高等教育研究生教学用书

国际法学专论

古祖雪 陈辉萍 等 著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书在体系上分为三编：第一编是国际法基础的理论阐释，内容主要涉及国际法的法律性质和道德基础、国际法的理念、国际法的主体、国际法的创制和国际法规范的体系结构等基础性问题；第二编是国际法发展的宏观分析，主要从历史与现实两个层面探索国际法体系的发展轨迹、现实演变和未来走向；第三编是国际法制度的微观研究，内容包括人权保护、国家豁免、核武器控制、国家责任、国际刑事责任、知识产权保护、遗传资源合作开发等具体制度。

本书适合法律硕士研究生、国际法专业硕士和博士研究生，也适合于对国际法学具有较大兴趣的本科生及其他国际法学爱好者阅读使用。

图书在版编目(CIP) 数据

国际法学专论/古祖雪等著. —北京：科学出版社，2007

(法学高等教育研究生教学用书)

ISBN 978-7-03-020045-7

I. 国… II. 古… III. 国际法-法的理论-研究生-教材 IV. D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 148015 号

责任编辑：徐 蕊 王剑虹/责任校对：李奕莹

责任印制：张克忠/封面设计：耕者设计工作室

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码：100717

<http://www.sciencep.com>

源海印刷有限责任公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2007 年 10 月第 一 版 开本：B5 (720mm×1000)

2007 年 10 月第一次印刷 印张：23 1/4

印数：1—2 500 字数：439 000

定价：45.00 元

(如有印装质量问题，我社负责调换〈明辉〉)

总 序

法治建设离不开法学教育和法律人才培养。法学硕士研究生（含法律硕士研究生）的教育是高层次的法律专业人才培养。曾有人将法学院的使命赋予为培养阐释法律的法学家与培养从事法律解释的法律人。简而言之，法学院培养目标为两类人才：一是学者型、研究型的法学家；二是应用型、操作型的法律职业人。由此，联想到法学硕士研究生的培养制度改革，我们更倾向于将法学硕士研究生的培养目标定位，由培养单纯的学者型、理论型法学研究人才转向培养具有更为深厚扎实的知识基础和较强的实践创新工作能力的应用型人才，培养发展的人才类型亦由单一型向复合型方向转换。

基于上述这样的考虑，我们提供给法学研究生用于汲取理论营养、维系知识命脉的教材也应该顺应培养目标的要求，体现出复合型的特色：即不仅告诉读者法律应当是什么，同时，又启发学生在实践中如何去做。与此目标相对应，我们尝试将这套研究生教学用书定位于专著性质的教材，旨在不仅能够反映学科领域理论研究和实践发展动态，使其在具有较为鲜明的学术品位的同时，也能成为法学硕士学位课程或选修课程的教材或主要参考用书。

如果说衡量研究生是否得到社会的肯定取决于能否顺应社会经济和法治建设发展的需要，那么，这套硕士研究生教学用书是否成功，则主要取决于撰写人员对于专著性质教学用书如何适应研究生教学培养需要的规划设计。有鉴于此，我们对于这套教学用书的设计努力突出以下几点特色：

➤ 具有相当的知识含量。本套硕士研究生教学用书撰写的内容有别于以基本知识、基本概念的介绍为主要内容的本科教材，而是以专题的方式较为深入地探讨所涉学科领域近年来若干主要、重要或前沿性的理论或实务问题。虽然其中不乏对基本概念的阐述，但力求简练、准确，并对有分歧的概念和观点进行了梳理和甄别，使读者对所探讨的专题有比较系统、深刻的理解和把握。

➤ 具有相当的应用价值。无论法学院培养的是学者型的人才还是实务界的精英，都需要明确实践理性的价值目标。因此，本套教材在取材和内容安排上突出实用性和应用性，尽可能避免“纯学术”的艰涩探讨，而是注重理论在实践中的运用。在展示“应然”的知识与“实然”的状态之间的摩擦与契合，权衡与取舍的同时，更偏重于对“实然”知识的阐释、分析和实际运用的把握上，力求以案例和实际问题的分析引领和贯穿全书。

➤ 具有相当的学术品格。无论是法学硕士研究生还是法律硕士研究生，都

应该具备相当的法学理论基础和一定的学术鉴别能力。因此,本套教学用书的内容力求具有较高的学术水准,所选择论述的各个专题应该是作者基于对某一学科的深刻领悟,具有独到见解,反映学科领域理论研究和实践发展最新动态的重要问题。争取为读者提供的不仅是解决温饱的快餐,而是值得回味的盛宴,使读者从中能够考量作者的学术路径,在阅读中产生耳目一新的学术感应与共鸣。

总之,本套硕士研究生教学用书兼具学术性、知识性和应用性的特点,以培养具有法律基础知识和综合素质的高层次人才为指导思想,力求让不同层面的读者都能够从中受益,成为开启法学理论研究兴趣和指导法律实务操作大门的一把钥匙。

非常巧合的是,厦门大学法学院与科学出版社签订出版这套研究生教学用书的协议的那一天,正值厦门大学 85 周年隆重的校庆;而第一批出版的教学用书又刚好迎来了法学院 80 周年的华诞。在这热烈吉祥的氛围中,我们更增加了信心和动力,期待着厦门大学法学院以深厚的学术资源和文化底蕴为后盾,经过不断探索与改进,竭尽全力使这套丛书成为法学硕士研究生教学用书中的精品,为推进我院法学硕士研究生的教学水平和课程建设,促进法学教育的改革作出应有的贡献。

当然,不容回避的是,由于我们是第一次尝试组织撰写硕士研究生教学用书,参与撰写的作者研究水平各有高低,学术风格迥异,书中的疏漏和不足恐在所难免。欢迎各位读者能够批评指正,以使我们这套丛书再版时能更臻于完善。

最后,衷心感谢各位作者为本套丛书的问世奋笔疾书,献计献策,也衷心感谢科学出版社对厦门大学法学院法学教育事业的热诚支持和鼎力相助!

厦门大学法学院编委会

2006 年 8 月 28 日

前 言

本书是为满足法学和法律硕士研究生教育的教学需要而编写的。在我国,“国际(公)法学”不仅是法学本科专业的必修课程,而且也是国际法学和法律专业硕士研究生的学位课程。但是,在多年的国际法学教学实践中,我们深感适合于本科层次教育的国际法学教材已经汗牛充栋,但适合于研究生层次教育的教材却屈指可数。如何在本科教育的基础上,编写一本适合于研究生层次教育的“国际(公)法学”教材,是我们多年来一直探索的课题。作为这种探索的阶段性成果,本书可以为学习过《国际法》本科课程的研究生进一步进行专题研究提供某些参考和帮助。

本书也是为适应国际法发展的需要而编写的。国际法以1648年《威斯特伐利亚和约》为源头,经过漫长演变后,20世纪获得了巨大的发展,目前已形成了一个庞大的法律体系,其规范所调整的范围上至外层空间,下达海床洋底,几乎包括人类生活的各个方面。国际法不仅在国际关系中发挥着越来越重要的作用,而且对于人们“日常”生活的影响也越来越普遍。但是,我们也应当清醒地看到,自冷战结束以来,国际关系正在发生着深刻的变化,国际法正面临着来自各方面的冲击。伊拉克战争对国际法的破坏;各种非传统的安全威胁;以及世界贸易组织规则在人权、环境等领域的消极影响……所有这一切,不仅迫使国际社会比以往更加关注国际法的发展问题,而且也要求国际法学者以一种更加理性的态度去思考国际法的基础,审视国际法的结构,应对国际法的挑战。作为对这种历史使命的回应,本书汇集了我们多年的思考与心得,因此,它也可以供国际法学的研究人员与其他爱好者阅读。

综观全书,主要有以下几个特点:

第一,在体系安排上彰显国际法“学”的特色。国际法“学”以国际法为研究对象,是关于国际法的本质及发展规律的科学。从这一观点出发,本书构建了一个国际法“学”的研究体系,它包括三个部分:①“国际法基础的理论阐释”,内容主要涉及国际法的法律性质和道德基础、国际法的理念、国际法的主体、国际法的创制和国际法规范的体系结构等基础性问题;②“国际法发展的宏观分析”,主要从历史与现实两个层面探索国际法体系的发展轨迹、现实演变和未来走向;③“国际法制度的微观研究”,内容包括人权保护、国家豁免、核武器控制、国家责任、国际刑事责任、知识产权保护、遗传资源合作开发等具体制度。

第二,在内容选择上突出国际法的“发展”主线。国际法与国内法一样,虽

然也具有一定的稳定性,但稳定是相对的,而其发展则是绝对的。当前,无论是国际法的理论基础,还是国际法的宏观体系,抑或是国际法的具体制度,都在发展中面临着新的问题、新的实践和新的认识。研究新问题,概括新实践,总结新认识,是国际法发展的时代要求,也是学术研究的生命力所在。基于这样的认识,我们选择了国际法中若干具有时代特色的问题,如国际法的碎片化、联合国的改革、保护的责任等,作为本书的研究内容,目的在于反映国际法新的发展和趋势,并为未来国际法的理性选择提供一些参考。

第三,在写作形式上采用灵活的“专题”模式。全书有18个专题,每一个专题都独立成章,自成体系。在此基础上,根据各专题之间的某种共同主旨与逻辑联系,构建“专论”的结构体系。采用这种模式,一是可以兼顾不同作者的专长和在相应领域已做过的专门研究;二是可以使编写体例更有发展空间,问题研究更有深度。

本书的整体框架由古祖雪确定,古祖雪、柳磊、李杰豪对全书做了一定的技术处理工作,而对于各章的实质内容,由于是作者的权利和责任所系,基本上未作改动。书中的某些章节已经发表于某些刊物,在收入本书时已经由相关作者做了部分调整。

本书的作者及分工如下:

古祖雪:第一、三、五、六、七、八、十、十一、十七章;

陈辉萍:第四、十二、十四、十五、十六章;

李杰豪:第二章;

李寿平:第九章;

柳 磊:第十三章;

张丹妮:第十八章。

由于受主客观条件的限制,本书没有也不可能包括所有的国际法研究领域,即使书中所选专题,也只是我们初步研究的成果;而且,由于各位作者学术背景不同,研究思路有别,难免文风互有差异。因此,它是一本还需要继续补充、完善和提高的书,抛砖引玉,恳请学界各位同仁批评指正。

作者谨识于厦门

2007年3月28日

第一编

国际法基础的理论阐释

第一章 国际法的法律性质再认识

——哈特国际法学思想述评

国际法真的是法律吗？这是法理学中一个古老而新颖的理论问题。哈特（H. L. A. Hart）作为新分析法学派的主要代表，依据他对法律概念的分析 and 理解，对此做了很有特色的回答，形成了新分析法学的国际法学思想。概括和评价哈特的这一思想成果，对于把握国际法的法律性质与地位，无疑具有十分重要的意义。

第一节 两种形态的疑惑：问题的提出

国际法不同于国内法：它“缺少国际立法机关、有强制管辖权的法院和集中组织起来的制裁等因素”^①，这些差别在某些法学家那里，成为给两者下一个统一法律定义的困难因素。如果要满足按照国内法的标准理解法律的要求，国际法自然被排除在法律之外。于是，“国际法真的是法律吗？”这一怀疑和否定国际法法律性质的疑问就不可避免了。面对这种情况，哈特“既不打算通过简单地提示一下词的现行习惯用法来消除许多人都感觉到的疑惑，也不打算基于下述理由而简单地承认这个疑惑，这个理由就是：恰当地使用‘法律制度’这一表达方式须以存在着第一性规则与第二性规则的结合为充分必要条件”^②。相反，他首先想到的是要探索这种疑惑的详细特征与深刻原因，然后依据逻辑实证主义的语言分析方法，对国际法规则进行实际的分析。

在哈特看来，对国际法法律属性的疑惑，是有深刻根源的。根据根源的不同，这种疑惑可区分为两种形态：“第一种形态的疑惑深深植根于基本上是以威胁性作后盾的命令的法律概念之中，它把国际法规则的特点与国内法规则的特点相对比。第二种形态的疑惑产生于一个晦涩的信念，该信念认为国家从根本上没有作为法律义务主体的能力，它把国际法主体的特点与国内法主体的特点相对比。”^③ 在这里，前者所依据的“法律概念”实际上就是约翰·奥斯丁（John Austin）的法律“命令”说。奥斯丁认为，国际法的规则与原则并不是由一个最高政治长官制定的，而且没有规定任何法律制裁来保证其规定的遵守，因此国际

①② [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第209页。

③ [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第211页。

法不具有法律性质。与此不同,后者所依据的“晦涩的信念”实际上就是历史上出现的绝对主权理论。按照这种理论,国家作为国际法的主体,与国内法主体的最大不同,就是它拥有绝对主权,不受国际法的约束。既然没有受法律约束并承担法律义务的主体,那么还有什么理由把国际法称为法律呢?所以,要消除对国际法法律属性的疑惑,就必须首先清算这两种理论根源。哈特的国际法学思想可以说就是建立在这种清算基础之上的。

第二节 义务与制裁:国际法的约束力

“国际法真的是法律吗?”这一疑惑往往通过另一种提问方式表现出来,这就是:“国际法有约束力吗?”这个疑问不同于“某个法律制度的某项规则有约束力吗”这类疑问,它所表述的不是关于可适应性的问题,而是关于国际法的总体法律地位的问题。按照哈特的观点,这个疑问还可以更直率地表述如下:“对诸如此类规则,人们能够有意义地和真实地说它们足以产生义务吗?”^①显然,这就是哈特所指出的第一种形态的疑惑,其根据只是在于国际法缺乏集中组织起来的制裁制度。之所以产生这种疑惑,是因为接受了奥斯丁法律“命令”说对义务的分析。据此分析,义务的产生与有组织的制裁有着必然的联系。制裁是任何法律具有约束力的必要条件。

针对这种观点,哈特明确指出,这种以威胁性制裁为主要特征的法律规则,并不是普遍的。即使在国内法中,也只有像刑法这样的法律规则才具有此类特征,而大量的法律规则是一些毋须附设制裁的授权规则。不仅如此,一个法律规则并不总是因为人们惧怕制裁才具有约束力。任何规则都存在着意义不同的两种陈述,即外在的预测性陈述——“我很可能会因为不服从而受罚”,及内在的规范性陈述——“我有一项如此行为的义务”,后者把规则作为行为的指导标准而加以接受,并以此观点去评价他人的处境与行为。这就是我们通常所说的内在的法的信念。这种信念为社会大多数人所具有,是产生自觉遵守法律义务的源泉,是法律具有约束力的首要保证。事实的确如此。一个法律制度,或者一项法律规则,如果它不是内在地被社会所广泛接受,人们服从它只是外在地处于对威胁性制裁的害怕,那么这种制度或这项规则的存在也就不可能维持多久。因为将一个不被真正接受的法律制度强加于社会是颇为困难的。“产生义务或责任的规则通常号召对个人利益做出某些牺牲,并且通常被谨守规则的严肃要求和对离轨的非难所支持。”^② 奥斯丁基于国际法缺乏有组织的制裁而否定国际法的约束力,显

① [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第212页。

② [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第213页。

然是把“有义务”或“受约束”与“不服从就可能遭受威胁性制裁或惩罚”当作一回事。这种等同曲解了义务与制裁的关系，片面夸大了制裁对于法律的约束力的作用。因此，“一旦我们摆脱了这种预测性的分析及其赖以产生的那个法律概念（即认为法律在本质上是一个以威胁为后盾的命令的概念），就再没有什么理由去把规范性义务概念限制于靠有组织的制裁来支持的那些规则之中了”^①。因而国际法缺乏有组织的制裁，在哈特这里也就不再是否定国际法的法律性质的根据了。

不仅如此，哈特还认为，即使国内法中存在着威胁性制裁这一使法律具有约束力的手段，也不能将这一手段适用于国际法。因为二者有完全不同的精神和物质背景。由体力和脆弱性大体平等的个人所组成的社会中，惩罚既是必须的，又是可能的。需要惩罚是为了使那些自愿服从法律约束的人们不至于沦为某些违法者的牺牲品，如果没有这种制裁的话，违法者就会获取由于他人尊重法律而产生的利益，而他们自己则不尊重法律。同时，由于服从一个限制性制度有明显的利益，这就使得违法者的联合在力量上不可能胜过自愿遵守法律的人们。因此，制裁在国内法中既可以成功地被用来对付不遵守法律的少数人，同时又不会引起太大的风险。与国内法的这种背景不同，在国际社会中不存在国内法中那种侵犯者与受害者之间的情形，一国违反国际法规则，也可能会暂时获得一些利益，但从长远来看，则会由于受害国乃至第三国援引这种非法先例，更多地损害它自己的利益。哈特的分析，实际上就是我们常说的国际社会所特有的“相互原则”的作用。同时，由于国家之间强弱有别，大小不同，也就没有什么持久的保证可以使那些联合起来以维护国际秩序的国家总是在力量对比上胜过那些企图侵略的国家。因此，组织和制裁就可能要冒令人忧虑的风险。正因为国际法的背景是如此不同于国内法的背景，所以在国际法中既不存在采用同国内法一样的制裁之必要性，也不存在完全安全并有效地使用制裁的充分条件。但是，这并不是说国际法作为一个整体不具有法律约束力，而是说，它是以不同的方式发展起来的。哈特认为，决定国际法具有约束力的，不是制裁，而是一些内在的因素：国际法规则是各国为了自己的利益而为自己创立的，因而为国际社会所广泛接受；而且，这些规则构成了主张利益和认可利益的根据，对它们的违反不仅可以用于提出赔偿的要求，而且可以用于采取报复行为和反对措施。因此，尽管这些规则与国内法规则有所不同，即没有任何中央机构来强制实施它们，但它们所提出的要求仍然具有约束力。

综上所述，哈特通过引入一种“内在观点”弱化了制裁作用，从而强化了国际法的法律性质。这种关于“内在观点”和“内在陈述”的理论，克服了奥斯丁

① [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第213页。

法律“命令”说的片面性，与“社会合意”理论和“权威”理论一起在法律特征理论中形成了当代西方法学对法律“强制力”观念的弱化趋势。^①这种趋势不仅反映了西方法律价值观念的变化，也表现了西方法律实践中对法律制度及其社会功能所提出的多样化要求。正是在这种趋势中，怀疑和否定国际法法律性质的人变得越来越少了。

然而应当指出的是，哈特在弱化制裁的作用和强化国际法的法律性质的同时，却忽视了制裁在国际法中已客观存在而且起着作用的事实。自从20世纪初第二次海牙和会关于陆战法规惯例的第四公约，规定交战国违反陆战法规者应付赔偿责任之后，国际上出现了有关“制裁”的规则。1945年的《联合国宪章》第7章各条规定了对侵略行为的强制行动，以实施集体制裁。第二次世界大战结束后，纽伦堡和远东两个军事法庭分别对德日战争罪犯进行的国际审判、联合国1990年对伊拉克的制裁，都在国际社会产生了重要影响。事实表明，“现代国际法的效力和国内法近似，在一定程度上，也是以对违法者实行某种制裁作为保证的。”^②

第三节 义务与主权：国际法的约束力

对国际法法律属性的疑惑，还来源于另一种观念，这就是：既然国家是有主权的，它们就不可能受国际法的支配和约束，或者说，它们就不可能负担国际法上的义务。哈特认为，与“制裁等于义务”模式相比，这一观念是一个影响更大的混乱之源。之所以如此，是因为它包含着两个错误的假设，即①各国拥有绝对主权；②各国只受自我施加的义务的约束。

对于第一个假设，哈特认为是与下述观念联为一体的：“有一个居于法律之上的人，他的话对于其下属和臣民来说就是法律。”^③沿此思路去想像某个国家，就宛如它是一个超人——生来无法无天而对别国则可发号施令。哈特强调，为了理解国际法，就必须抛弃这种联想。“实际上，‘一个国家’这种表达方式，并不是用以指称某个内在的或‘本质上’处于法律之外的人或事务；而是用来称谓两个事实的一种方式。事实之一是，一块领土之内的居民生活于某种有秩序的政府形式之下，这种政府形式由一个拥有立法机关、法院结构和第一性规则法律制度所安排；事实之二是，该政府享有一种其程度未加明确界定的独立性”^④。与此

① 刘星：“法律‘强制力’观念的弱化”，《外国法译评》，1995年第3期。

② 梁西：《国际法》，武汉大学出版社，2000年，第11页。

③ [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第216页。

④ [英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第217页。

相联系，国家拥有主权，则意味着一个国家享有对内方面的最高统治权和对外方面的独立权。那些“在非常之显著的程度上独立于其境外任何当局和任何人的法律的或实际的控制”^①的国家，就是国际法上的“主权国家”。但是，哈特认为，这种独立性并不是不受限制的。除了殖民地、被保护国、附庸国、托管地这些领土实体的独立性会受到较大限制的情况，主权国家的独立性还要受“一种对彼此同样独立的各实体施加影响的国际权威”^②的限制。这种“国际权威”可能有许多不同的形式。它们包括：①一个仿照英国议会式的世界立法机关；②一个类似于美国国会的联邦立法机关；③由被普遍地接受为适用于所有领土实体的规则所组成的唯一的法律控制形式；④一种唯一由契约来确认义务的体制。“假如我们实际上发现国家之间存在着一个特定形式的国际权威，那么国家主权在那种程度上将会受到限制，并且只存在于规则所允许的那一程度之内。由此可以说，只有当我们了解何为规则之时，才能了解何种国家是主权的以及其主权的范围”^③。因此，按照哈特的观点，是国际法规则确定着国家的主权及其主权的范围，而不是国家的主权派生出国际法的一般属性。

在这里，如果哈特所讲的“国际权威”就是在国际关系中形成的国际法规则，那么他关于国家主权、关于国家主权要受国际法制约的观点，是有一定道理的。但是，有两点应该指出：第一，哈特所设想的一些“国际权威”形式，如英国议会式的世界立法机关和类似于美国国会的联邦立法机关，是很值得怀疑的。因为如果有这种“国际权威”的存在，那就不是对国家主权的限制，而是对国家主权因而也是对国际法的取消。第二，哈特把国家主权视为国际法规则授予的权利，颇有颠倒主权与国际法关系之嫌。国家主权的存在和承认，是国际法规则形成和发挥效力的前提。在一定意义上说，国际法对各国主权的平等限制，实际上也是国家行使主权的一种表现。二者存在着一种显而易见的辩证关系。

对于第二个假设，哈特认为，那是“颠倒了思考问题所必需的顺序”。说到底，还是“绝对主权”观念在作祟。因为，既然国家是拥有绝对主权的，那么国家就只能受制于自我施加的义务。按照这种观点，服从国际法规则的义务只产生于受约束的国家相互订立的条约之中，或者说，承担国际义务必须以各国的同意（包括默许或推定）为基础，不经各国预先同意的国际法规则，就不具有对各国的约束力。这种关于国际法约束力来源的“同意”说或“自我限制”论，很难解释下面两个特例：①一个新的独立国家一经诞生，就同时受到国际法普遍义务的约束，其中也包括赋予条约以约束力之规则的约束；②某国由于获得一片领土或

① [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第217页。

② [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第218页。

③ [英] 哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第219页。

者经历了其他一些变化而使自己首次置身于某些规则设定的义务的范围内,对于那些规则该国先前既没有机会去遵守或违反,也没有时机去表示同意或不同意。因此,哈特指出,这种主张“过分地依赖于抽象的教条,而对事实的关注则远远不够”^①,因而是一种应该抛弃的“居先主张”。

在哈特看来,事实上往往是这样的:“为了使所说所写的言辞在确定的情况下真正起到承诺、协议或条约的作用,因而为了产生义务并赋予其他国家日后可能会主张的权利,那么某些规则必须已经存在才行。正是这些规则规定一个国家应该去做它以相应言辞所承担的任何事情。”^②例如,条约之所以具有约束力,是因为“条约必须遵守”早已成为国际法的一条基本原则。按照哈特的论述,这些已经存在的规则:①是任何社会都存在的;②是被普遍接受的;③是对承诺、协议或条约中的言辞的约束力加以规定并指明自我约束操作程序的规则;④不管当事者甘愿与否,对有意地利用这些程序的个人或国家都具有约束力。可见,在自我施加的义务背后,还存在着一些共同的规则,这些规则不以同意为基础,却使自我施加的义务具有普遍的约束力。很显然,这种在条约之前就已经存在,被社会普遍接受的共同规则,实际上就是哈特所讲的“最低限度内容的自然法”。它们既是人类社会必须遵循的道德规则,也是所有社会法律的共同因素;它们既是国内法效力的来源,也是国际法约束力的来源。在这里,哈特新分析法学的特征表现出来了:他在坚持法律实证主义基本立场的同时,也在向自然法学说靠拢。

第四节 国际法:是道德还是法律?

在哈特看来,国际法与国内法的真正区别只在于:后者是一种实现了第一性的义务规则与第二性的授权规则结合的发达制度,而前者则仍然类似于由第一性规则所组成的简单体制。据此,有的法学家认为,这种形式上的差别可以通过把前者归属于“道德”而最恰当地显示出来。然而,哈特认为,“以此种方式来标识二者的区别,显然会引起混乱。”^③究其根源,它实际上还是奥斯丁的法律“命令”说在作祟:把任何不能归入威胁性命令的社会结构形式,都一律视为道德。于是,“道德”一词在这里变成了一个概念的废纸篓,游戏规则、俱乐部规则、礼仪规则、宪法和国际法都可以投入其中。对此,哈特特别不满,认为这是一种粗野的分类,既无助于实践目的的实现,也没有任何理论价值。

① [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第222页。

② [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第220、221页。

③ [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第223页。

事实上,“根据国际法的特殊情况,可以有不少理由来反对把国际法作为‘道德’来归类”^①。

第一,道德压力的形式不是诉诸报复或要求赔偿的威胁,而是诉诸良知以造成一种期待。与此不同,国际法上的主张则主要是通过引证惯例、条约和法学著作的方式提出,而不涉及道德上的善恶。

第二,国际法的有些规则,像国内法规则一样,常常包含一些与道德毫无关系的高度专门化规定。如果把这些规则作为道德规则的要素,则是令人难以理解的。

第三,虽然要求或禁止某些行为的法律所产生的影响可能最终导致群体道德的改变,但却不存在制定或废除道德规则的立法活动。然而国际法则不同,它可以通过一种造法活动来制定或改变其规则。

第四,虽然国际法规则从终极意义上要依赖于各国的确信,即确信有一种服从国际法规则的道德义务,但这种道德义务绝不是国际法存在的必要条件。

因此,哈特认为,国际法与道德是两种完全不同的社会控制形式,无论在内容和形式上,还是在社会功能上,二者都有着巨大的差别。国际法虽然不同于国内法,但仍然是法,不能把它与道德等同。可见,在国际法与道德的关系上,哈特坚持的仍然是法与道德分离的法律实证主义立场。

第五节 结 语

国际法与国内法的相似性

综上所述,哈特拨开了笼罩在国际法上的怀疑迷雾,使之呈现出了法的本来面目。然而,国际法与国内法之间客观存在的巨大差别,令人不能不提出这样的问题:国际法究竟是一种什么样的法?国际法与国内法之间是否具有相似性?对此,不同的法学家有不同的回答。

一些坚持把国际法称为“法”的法学家,因为着重于去反对怀疑论者,曾经企图去缩小国际法与国内法之间的差别,并寻找二者之间的相似性。他们把国际法中的条约的缔结视为类似于国内法中的立法行为;把国际法院及前身——国际常设法院的判决视为类似于国内法中的审判活动;把由一个声称依照国际法其权利受到侵犯的国家所采取的战争和武力报复视为类似于国内法中的强制制裁。然而在哈特看来,这些类似只是一些被夸大了外观特征的相似性,它们根本没有反映国际法与国内法之间在本质上的相似性。在国际法与国内法之间,还有一个曾

^① [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第223页。