

试论国家权力对国际立法的影响

江海平 (厦门大学国际经济法研究所博士生)

[内容提要]本文从分析国家权力入手,提出国家权力对国际法发展具有重要影响的一般命题,并从国际条约和国际习惯形成的角度,对在国际法渊源创制过程中的国家权力影响和作用进行实证的和辨正的探讨,藉此得出一个国际法学者或许不愿正视的结论:即国家权力是国际法理论和实践无法回避的核心要素。文章最后还有意识地强调了国家权力中的文化力量的影响,进一步强化笔者的观点。

[关键词]国家权力 国际立法 条约 国际习惯

国家权力是国际政治学研究中的一个重要概念。但在国际法学界,这是一个多数学者不愿正视也不愿探讨的问题。然而,国际法实践的发展状况和理论所面临的问题告诉我们,国家权力也是国际法理论和实践无法回避的核心问题。对国家权力的回避必然导致对很多重大国际法基础理论问题的研究难以真正深入,这不但不利于国际法学的发展,也不利于国际法实践的发展。为此,笔者以国际立法为切入点,对国家权力的影响作一初浅分析,以期引国际法学者对这一跨学科问题的广泛探讨。

一、国际法研究中的国家权力问题

国际法终究是国际关系学的部门学科,因为它研究的是调整国家间关系的原则、规则和制度。研究国际法就必须研究国际关系,否则国际法就会脱离实际。^①当然详细的理由可能比较复杂,哈特在《法律的概念》中就指出:国际法不是国内法,但却是和国内法相似的,所以国际法不能套用国内法关于法的定义,但国际法又具有国内法的相关强制性特征。^②国家权力作为国内法的后盾,是国内法具有强制执行力的实在基础,但国家权力和国际法的效力之间不具有类似于国内法的关系,国际法的效力来源和作为法存在的理论基础不是简单的经验推理

就能推翻的。国家权力存在于国内社会,但同样存在于国际社会,两者是构成当代国家主权的主要部分。如果缺乏对国家权力的现实考察,国际法不可避免就会(或者已经)遇到以下这样一些问题,如:对国际法效力基础等基本理论问题的探讨难以继续深入,国际法理论日趋贫乏化;国际法理论和实践日益脱离,面对大国对现行国际法制度的挑战,国际法理论难以适从;国际法的发展更加容易陷入严格遵法派和现实派两个极端的争论,结果是对国际法的前途盲目悲观或乐观,这种分歧事实上可能削弱国际法对主要国家的实践影响力,等等。所以我们有必要承认,国际法不但不能回避国家权力这个国际关系中极其重要的因素,而且应当深入研究国家权力对国际法构成、性质和作用的影响。

在论证这一问题前,有必要界定一下国家权力的含义。正如上文述及,国际法学界很少有学者谈及国家权力问题,所以关于国家权力的实在概念在国际法学界是找不到的,但国际法学界使用一个与此非常接近的概念,即国家主权。国际法学界通说认为,国家主权是一个国家对内最高统治权和对外

^① 邓正来编:《王铁崖学术文化随笔》,中国青年出版社1999年版,第280页。

^② 哈特著,张文显等译:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1996年版,第232-233页。

独立权。这里的“对内最高权”实际上就是国际法学界心目中的国家权力,而这种权力观显然是和传统的权力政治哲学联系在一起的,即严格限制国家权力于国内范围,视其为统治权。而“对外独立权”在国际法学界被认为是一种国家“权利”,是国家基于国际法所享有的权利。由于国际法关心的是国家间的“法”,所以把国内“权力”排除在国际法学研究之外在大部分国际法学者心目中也就是理所当然的了。同时由于国内主流法理学理论是建立在“权利”和“义务”基础上的,^①使得国内法学理论实际上也把国家权力排除在研究范围之外,国内法走得最远的也不过是将法律视为对“国家权力”的限制,言下之意是国家权力不属于分析法学研究范畴,这就更加坚定了法理学知识同样深厚的国际法学者的一种信念,即不应把一个非属法学研究范畴的概念纳入国际法研究范围。

与国际法学领域对国家权力的不关心正好相反,国际政治理论基本上视国家权力为核心研究要素,所有理论均主要围绕着国家权力而展开。现实主义国际关系理论奠基人摩根索认为,权力就是一个主体对另一个主体思想和行动的控制力。^②推之到国家权力就是:国家权力是一个国家对另一个国家“思想”和行动的控制力。^③摩根索同时认为,国家权力不同于“武力”,它是由一个国家的诸多要素构成的,包括地理条件、自然资源、工业能力、战备情况、人口、民族性格等。^④国家权力是国家对外继续扩大影响和追求新的权力的基础,而追求到更加强大的国家权力后反过来增加国家“权力”,所以在国际政治理论中,权力是国家行为的起点和终点。摩根索的观点是比较激进的,是现实主义的完全世俗化的表现。不说国际法学者不会赞同,就是国际关系学界内也多有反对之声,但多数批评主要是针对现实主义建立在国家权力基础上的一套理论,而不是国家权力这个概念本身。实际上,正如有学者指出的,国家权力是所有国际关系学者共同关心的核心问题,国际政治学的研究对象就是国际政治权力。^⑤从国际法研究的角度看,现实主义对国家权

力的定义当然也是适用的。

为了论述的代表性和简洁性,笔者选择了条约和国际习惯这两种国际法最主要渊源为代表,考察他们的形成与“国家权力”的关系问题。

二、条约订立过程中的国家权力

条约是当代国际法最主要的渊源,其内容构成了当代国际法的主要内容。特别是《联合国宪章》,作为二战后最为重要的一个多边国际公约,其所阐明的包括国家主权平等、禁止使用武力或以武力相威胁侵犯任何国家之主权完整和政治独立、善意履行宪章义务、和平解决国际争端等原则,构筑了当代国际法的几乎全部法理基础。然而仔细研究每一个条约的订立过程,我们会发现,几乎所有条约的订立都不免渗入国家权力因素的影响。

这种影响首先表现在各国基于自己不同的国家权力,在条约的订立过程中就享有不同的“讨价还价”的地位。这在双边条约中是显而易见的事实。类似于一个纯粹的国内合同,双边条约的签订完全是一个基于国家势力讨价还价的过程,大国基于自己强大的综合国力,能够在条约签订中对对方施加各种政治上和经济上的压力,迫使对方接受自己的观点从而最大限度地满足自身利益。如二战后被广泛采用的美国式和德国式“双边投资保证协定”及“促进和保护投资协定”,就是美国和德国强大经济势力在双边投资领域的表现。^⑥美国作为大国,通过其经济影响力和政治影响力,迫使其它国家接收美式标准的双边条约,正是美国国家权力的直接表现。因为对条约模式的选择,甚至对条约内容的确

^① 童之伟:“以‘法权’为中心系统解释法现象的构想”,《现代法学》,2000年4月第24页。

^② 汉斯·J·摩根索:《国家间的政治》,商务印书馆1993年版,第140页。

^③ 摩根索一开始就将国家界定为理性主体(和市场人一样,也是追求自身利益最大化的),所以在他的眼里,国家有思想和意志并不奇怪。

^④ 参见汉斯·J·摩根索:《国家间的政治》,第47、151页。

^⑤ 韦正翔:《软和平:国际政治中的强权与道德》,河北大学出版社2001年版,第14页。

^⑥ 20世纪80年代世界各国共签订211个“促进和保护投资协定”,90年代签订了1300个以上。See Antonio R. Parra, “ICSID and Bilateral Investment Treaties”, *ICSID News*, Vol. 17, No. 1, 2000. 转引自陈安主编:《国际经济法学专论》(下编),高等教育出版社2002年版,第593页。

定,体现了美国基于自己国家力量对其它国家的影响力和控制力。像这样的双边条约的例子还有很多,难以一一列举。在多边条约的签订中,强势国家或国家集团同样在确定条约内容上占有主导地位。如《联合国宪章》的签订就充分体现了当时势力最强大的几个国家,特别是苏联和美国的绝对影响力。虽然《联合国宪章》确实体现了类似自然法的诸多国际正义之法(以原则体现),并奠定了当代国际法发展的基础,但宪章在涉及战后国际事务的安排、联合国的建立、安理会常任理事国成员构成等实体内容上,完全体现了二战战胜大国的利益。表现为:如果不是为了迎合大国主导世界政治秩序的需要,何以设立安理会,并实际上剥夺了最具代表性的联合国大会的权力;如果坚持国家平等原则,而不考虑大国影响,何以会有常任理事国席位;如果苏联、美国、英国不是二战后最强大的几个国家,何以常任理事国是它们(中国的加入实际上完全是美国和英国坚持的结果);如果苏联和美国不是超级大国,并且势力相当,何以安理会表决方式中会有现在的“一票否决制”(即雅尔塔公式)。这一切集中体现了大国对国际事务的绝对主导权和控制权,它是国家权力影响在条约中的经典体现。^①除宪章外,我们还可以从另外几个重要的一般性多边条约中找到国家权力的清晰影子,如《IMF 协定》,其加权投票表决机制就是西方大国主导下的产物,虽然广大发展中国家极力反对,但在面对西方大国的强权压制的情况下,发展中国家只有接受;还有《海洋法公约》,这个公约的主要特点是大国和第三世界国家集团第一次在海洋法律制度的订立上打了个平手,这与后者在会议上紧密联合从而形成能与前者相抗衡的国家力量集团有直接关系。然而,公约第 11 部分虽然在广大发展中国家的坚持下通过了符合它们利益的公海海底资源勘探开发制度,但由于发达国家特别是美国以此拒绝批准公约,第 11 部分最终又被迫修订。因为发展中国家很快发现,一个失去美国等发达国家参与的公约是难以有效实施的。这一较量中再次体现了国

家权力影响作用。另外,国家权力还反映在世界银行和其它国际经济组织协定里,如 GATT 中的“祖父条款”和西方自由市场价值观主导的 WTO 协定的签订等,后者促成了西方权力主导下的国际经济法律秩序的建立。概言之,权力的影子在这些多边条约的制定中,以一种类似国内契约订立中的“讨价还价”方式,处处得到体现。虽然从自然国际法角度(法的应然角度),我们可以说所有这些多边条约都是欠公平的,需要修改和完善,然而理性告诉我们,实在法就是当前真正有效的法,是影响所有国家利益的现实规则。

国家权力因素的影响还表现在现行多边条约的一个最基本的制度上,即参与多边条约权利上。实际上,国家权力的差异导致了在多边条约的发起和制定时,大国必然占有绝对的优势和优先权,就如海洋条约的签订,只有拥有强大海军势力的国家才可能优先发起并草拟相关条约草案;在外太空问题上,也只有那些拥有外太空探测技术势力的国家才可能积极发起外太空条约的制定。如果这种涉及国际社会基本法律制度的条约的制定参与权和制定生效后的加入权被限定的话,那么条约上的主权平等(实质意义上)就成了一句空话。大国凭借其全球参与性和国力的绝对优势,就完全可以垄断国际法律制度的制定。事实情况如何呢?在《维也纳条约法公约》签订时,关于条约的自由参加制度问题一直是各国家集团争议的焦点,主张绝对完全自由参与权的发展中国家集团虽几经努力,但终未获得支持。尽管条约最后回避了这个问题,并给出了一个象征性的支持自由参与制度的宣言,但在国际法上,条约的自由参与制度终究未能建立。^②这意味着,在绝大多数条约中占主导地位的大国,完全可能以给予参与条约的权利为筹码,对期望加入条约国施加影响,包括要求它们接受条约中的一些对大国有利的条款。

^① 所以美国人敢于以“人道主义干涉”和“先发制人的积极防卫”为借口,大肆干涉他国内政甚至侵略他国领土,肆意践踏公认的国际法原则。这既是国际法受制于国家权力的现实表现,也是国际法面临的现实问题。

^② 李浩培:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 97 页。

而且实际上这种权力的行使并不局限于大国,其它条约成员国也可以借此作为其与新加入国讨价还价的砝码。^① 此亦证明,国家作为一个事实上的自利的主体,对国家权力的利用是自发的,而且是无处不在的。

三、国际习惯法形成中的国家权力

条约的制定过程被证明是一个国家权力起重要作用的过程,然作为条约的基础,国际习惯法的形成更多地和国家权力结合在了一起,这是由国际习惯法的特点决定的。根据国际法院规约的定义:国际习惯是指,作为通例之证明并被接受为法律者。国际法学界主流观点认为,国际习惯包括两个要素,即物质要素——国家实践和心理要素——法律确信。国际习惯作为不成文的国际法,其形成是一个缓慢的国家实践积累的过程。正如著名国际法学者德·维舍(De Visscher)所描述的:国际习惯的缓慢生成过程,同荒地上的一条道路的形成很相像。开始时,有许多模糊不清的径道,几乎不能辨认。由于大多数行人出于共同的实用和便捷的考虑,总是走同一条路径,时间长了,一条明显的道路便形成了,并且逐渐成为一条被认为是唯一的通常性道路;在这条道路的使用者中,总会有些人留下比较深的脚印,这或者是因为他们的重量更大(用在国家身上就是他们势力更加强大),或者是由于某种利益使得他们经常走这条路。^②

这段话非常经典地描述了国际习惯法的形成过程,并表明了如果国家势力不同,其对国际习惯法形成的影响力也并不相同。大国基于自己强大的政治和经济势力,可以迅速地、经常地而且在更大范围内展示自己的国家行为,大国实践在现代国际社会中可以说是无处不在。而且大国基于这种优势,可以很容易以自己的行动来影响和控制其他国家。表现在:首先,在一些只有大国才能参与的国际关系领域,大国的行为就是最早的甚至是唯一的国家实践,在这种情况下该领域国际习惯法规则形成中的物质

要素只能来自大国的实践,其他国家的明示或默示的表示只能表明支持或赞同;如果大国觉得某种实践规则对自己有利时,它就能凭借强大的物质势力,推动自己或影响其他国家遵循这样一些规则,从而最终促成该规则形成国际习惯法。其次,大国有能力派出强大的外交使团,聘用阵容强大的法律和外交专家队伍,在各种国际会议上游说其他国家的代表,让他们认同自己的观点。再次,大国有能力利用自己的文化优势,不断地编辑和出版各种对自己有利的、反映自身价值的文件集和资料,作为国际法院确定某一范围内国际习惯法规则的直接证据。最后,大国权力的影响还体现在它们能够促使其他国家遵守有利于大国的国际习惯法规则,对于违反这些规则者,大国能够施以有效的制裁。这一切对于小国来说,是无法做到的。即使小国能在自己小圈子里创制某种国际习惯规则,但无法保证其适用,最终仍要从属于大国在习惯形成中的决定性影响。

四、结论

在国家内部,立法和权力向来就是两个相互制约、相互影响的因素。现代社会中,“权大”还是“法大”历来就是国内法学者争论不休的问题。现实中权力虽然仍然主导着立法,但是随着三权分立政治体制的建立和完善,立法对权力的制约力也在加强,两者作为两种政治力量的影响力日趋平衡,这是现代法治社会文明发展的标志。在国际社会中,国家权力对于立法的作用同样是非常重要的,但国际社会中的国家权力毕竟不同于国内社会的国家权力,有学者认为,国际社会中国家权力可类比于国内社会的个人“权利”;^③ 另外,国际立法也不同于国内立法,国际立法不是一个权力主导下的自上而下的纵向过程。国家权力在国际立法中既是立法的实施

^① 中国加入 WTO 的艰辛历程是这一事实的最好证明。

^② See Michael Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge University Press, 1999, p.37.

^③ 参见董之伟:“以‘法权’为中心系统解释法现象的构想”,《现代法学》,2000 年 4 月。实际上这种类比并不完全正确,国际社会中国际政府并不存在,所以实际上国际社会中国家的“权力”和其在国际法上的“权利”是合二为一的。

力量,又是立法的直接规范对象,这就决定了国际社会中国家权力和国际立法的关系更加复杂。但从上文分析中我们也能看出,国际社会中国家权力对国际立法的主导作用远远超过国内,而国际立法对国家权力的制约则相对转弱,这是国际社会无政府状态的现实决定的,也说明在国际社会中法治发展还处在比较落后的阶段。

基于国家力量的差异,国家权力对国际立法的影响主要表现在:第一,国家权力差异决定不同国家在国际立法中可发挥的作用,一般来说国家权力(影响力和控制力)越大,在立法中发挥的作用也越大;第二,不同国家追求国家权力的动机形成了推动立法变革和发展的内在动力;第三,国家权力的现实差异在很多情况下能够左右国际立法的内容,特别是一些程序性和政治色彩较浓的立法内容;第四,主要国家权力对特定利益的关注能够影响国际立法的效率,一般来说在某种利益冲突中权力差距越大,涉及该利益分配的立法效率越高,而差距越小,立法效率会越低,如果权力形成某种均势,则暂时可能失去了立法的必要性。可以看出,来自国家权力的影响对国际立法及其内容来说既可能是积极的,也可能是消极的。对国家权力的理性运用以及通过国际法对国家权力的渐进制约,是国际法健康向前发展的主要保证力量。

然而,我们还应该看到,现实主义国家权力观虽然主要指的是物质的力量,但并非局限于此,新自由主义推崇的国家“软实力”说^①和建构主义所主张的社会建构理论^②,都把文化看作是影响国家权力的重要因素。按照塞缪尔·亨廷顿的说法,文化之间的冲突使得世界上形成了几个文化集团,处于文化核心的国家拥有对集团内其他国家的绝对控制和影响力。^③如果这种说法有一定道理的话,那么我们还必须考虑在国际条约和习惯创制过程中一个不明显但却很重要的因素,即文化。回顾现代国际法的发展历史我们可以看出,西方大国对国际法的影响和控制实际上远远超出政治权力范畴,文化权力的

影响不可忽视,西方文化权力在国际法领域的绝对垄断使得广大非西方国家实际上一直处在能够影响国际法的劣势地位,表现在:现代国际法理论和实践发端自西方的“欧洲国际法”;所有正式的国际法文件和资料几乎全是用英文和法文写作的;所有比较有影响力的国际法著作也几乎全是用英文和法文写作的;国际法院充斥的也主要是西方国际法学者和西方文化的饱学精英;我们一直在使用和翻译着西方文化创造的国际法概念,甚至还要为翻译上的问题争论不休,并视之为理论。所有这些并非说明我们的学问做得不好,或不应该像现在这样做,无可争辩的事实只是笔者用以证明西方在文化上的优势地位是一种实实在在的权力影响,它甚至比“硬权力”对国际法的影响更大、更有效,也更能使处于权力劣势的其他国家心甘情愿地接受这一切。这让我们更有理由相信,在国际法发展的今天,国家权力仍是国际法存在和发展的重要影响力。

现实的结论就是,在一个缺乏世界政府的国际社会中,大国权力的影响就像地表的流水,地球的矢力(利益追逐)会引导它流向每一块低地。这就决定了国家权力的影响会无处不在,包括在国际法领域。不管我们怎样否定,我们总能时刻感觉到它的存在,这是国际法理论和实践都无法回避的问题,我们必须以现实主义的态度去正视它。我们要做的就是:在理论上给予国家权力以足够的重视,甚至在构筑我们未来的国际法法理学过程中给予国家权力理论以适当的地位;在实践中要合理协调国际法和国家权力之冲突,并对国家权力加以引导和合理利用,以促进国际法立法和司法的健康发展。^④

(责任编辑:张浩)

^① 倪世雄等著:《当代西方国际关系理论》,复旦大学出版社 2001 年版,第 260 页。

^② 参见亚历山大·温特著,秦亚青译:《国际政治的社会理论》,上海人民出版社 2000 年版,第 181-183 页。

^③ 塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,新华出版社 2002 年版,第 167 页。

^④ 正如路易斯·亨金所说:国际关系中的主要力量一直在变化着,并将继续影响国际法的制定和遵守,修改着现行法律的内容,使某些法律规则失效并使另外一些法律规则受到重视,并影响着国家对(国际)法的态度。参见 Louis Henkin, *How Nations Behave - Law and Foreign Policy*, 2nd Edition, Columbia University Press, 1979, p. 315.