

国际法何以得到遵守^{*}

——国外研究述评与中国视角反思

韩永红

内容提要:国际法遵守理论目前已经发展成为最具活力的国际法理论之一。以利益为基础和以规范为基础的两大流派围绕利益、声誉、制裁、规范、国家能力、社会环境等因素提出并论证了多种对国际法的发展颇具影响力的理论观点。随着两大流派的交叉与融合,国际法遵守理论的研究范围、研究主题和研究方法呈现不断扩展的趋向。与国外学界对国际法遵守理论的研究热度相比,目前我国学者在该领域的研究还较为有限。为满足国家利益、中国法学研究转型及国际法理论发展的需求,应当加强对国际法遵守理论的研究,提升国际法律规则与我国国家利益的一致性。

关键词:国际法 遵守 制裁 声誉 规范内化

韩永红,广东外语外贸大学副教授。

与国内法相比,国际法缺少统一的执行机构,国际法的遵守大多无法依赖类似国内法上的强制执行措施。由此,国际法何以得到遵守就成为一个必须回答的问题,这一问题与国际法的制定、实施和效力均休戚相关。^[1] 如学者所言:“如无(国际法)遵守理论,我们

* 本文系教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“区域经济一体化中政府合作法律问题研究”(11JZD010)及广东外语外贸大学人文社科重点研究基地招标项目“区域一体化中的行政协议效力研究”的阶段性成果。

[1] 国际法的遵守、国际法的实施和国际法的效力三个概念密切相关但也应予以区分。一般认为,国际法的遵守是指国家行为与国际法律规则的一致性,国际法的实施是指国家将国际法律规则规定的义务转化为行为的过程,国际法的效力则是指通过国家遵守而实现的国际法律规则对国家行为的影响程度。关于上述三个概念的相关讨论,参见 Kal Raustiala and Anne-Marie Slaughter, “International Law, International Relations and compliance,” in Walter Carlsnaes, Thomas Risse and Beth A. Simmons, eds., *Handbook of International Relations*, Thousand Oaks, CA: Sage, 2002, pp. 538 - 558; Beth A. Simmons, “Compliance with International Agreements”, 1 *Annual Review of Political Science* 75, 77 - 78 (1998); Benedict Kingsbury, “The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law”, 19 *Michigan Journal of International Law* 345, 345 - 348 (1998); Jose E. Alvarez, “Why Nations Behave”, 19 *Michigan Journal of International Law* 303, 303 - 305 (1997).

将无法检验条约、国际习惯或其他协议的作用,我们将无法思考如何提升国际法律制度的功能,我们也将无法构建切实可行的国际法和规制合作的理论。”〔2〕因此,无论是从理论还是实践角度看,国际法的遵守问题都是一个带有根本性的问题。〔3〕

自 20 世纪 90 年代以来,围绕国际法的遵守问题——国家是否遵守国际法、国家为何遵守/不遵守国际法,以及国家在何种情况下遵守/不遵守国际法——以美国为代表的国际法学者和国际关系学者展开了持续性的跨学科研究。其间,各种理论观点、研究方法层出,不同流派互动频繁,已经积累了丰富的研究成果,且呈现可持续发展的趋势。〔4〕为此有学者认为,“国际法的遵守问题已成为一个最具活力和生气的国际法分支领域之一”。〔5〕基于国际法遵守问题在国际法理论和实践中的重要性,本文拟对已有研究成果做较为系统的梳理和评析,藉此反思我国对国际法遵守问题实践关注和理论研究的不足之处,并提出将来可能的研究进路。

一 国际法遵守理论研究述评

在国际法遵守理论方面,开风气之先者为美国国际法学者亨金。在其 1968 年出版的《国家如何行为:法律和外交政策》一书中,亨金就国家对国际法的遵守问题做出了受到广泛援引的著名论断:“情形大抵如此:几乎所有国家在几乎所有情况下,遵守几乎所有的国际法原则,并承担几乎所有的义务。”〔6〕在 1979 年出版的该书第二版中,他又提出了研究国际法遵守问题需要回答的若干关键性理论问题,包括国家是否遵守国家法、国家何时遵守国际法、国家为何遵守国际法、国家为何违反国际法等。〔7〕亨金的研究为系统分析国际法遵守问题奠定了基础,但国际法遵守问题作为一个研究领域,直至 20 世纪 90 年代才开始形成。〔8〕该领域的跨学科性吸引了国际法学、国际关系学、社会学、经济学等学科的众多学者加入,形成多种理论观点,且不同观点间相互论辩,互动频繁。基于对国际法何以得到遵守的基础性认知差异,本文将这些理论观点大致划分为两大流派:以利益为

〔2〕 Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law”, 90 *California Law Review* 1823, 1826 (2002).

〔3〕 Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, 106 *Yale Law Journal* 2599, 2599 - 2660 (1997).

〔4〕 例如,在 Westlaw 的子数据库“Law Reviews and Journals”中,输入标题包含“compliance”和全文包含“international law”的检索条件,检索共获论文 367 篇。其中 1967 年至 1989 年间共发表 11 篇,1990 年至 1999 年间发表 82 篇,2000 年至 2009 年间 195 篇,2010 年至 2013 年间发表 79 篇。

〔5〕 Roda Mushkat, “Dissecting International Legal Compliance: An Unfinished Odyssey”, 38 *Denver Journal of International Law and Policy* 161, 187 (2009).

〔6〕 Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York: Frederick A. Praeger, 1968, pp. 5 - 8. 转引自 Jose E. Alvarez, “Why Nations Behave”, 19 *Michigan Journal of International Law* 303, 303 (1997).

〔7〕 Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York: Columbia University Press, (2d ed.), 1979, pp. 88 - 99.

〔8〕 参见 William Bradford, “International Legal Compliance: An Annotated Bibliography”, 30 *International Legal Compliance: An Annotated Bibliography* 379, 379 (2004); [韩]韩相熙:《国际法遵守理论》,《北大国际法与比较法评论》(第 6 卷),北京大学出版社 2008 年版。韩相熙文认为国际法遵守问题是在冷战以后开始被集中讨论的。

基础的理论流派和以规范为基础的理论流派。^[9]

(一) 以利益为基础的理论流派

以利益为基础的理论流派认为,利益驱动是国家遵守国际法的根本原因。这一流派植根于第二次世界大战后美国国际关系学的主流理论——现实主义。现实主义认为,国家是理性的、追求自我利益的单一行为体,进而使用权力和利益两个变量来解释国家与国际法遵守之间的关系。现实主义的代表人物之一摩根索就认为,只有当国际协议契合强国利益时才会得以达成并执行。在缺少超国家执行机制的情况下,国家遵守国际法只是追求自我利益而非履行法律义务的结果。尽管在其后的著作中,他承认国际法在大多数情况下得到了严格遵守,但认为这仅是国际法与国家利益巧合或强权压制所导致的结果。“政府只想利用国际法推进国家利益,总是急于摆脱国际法可能对其外交政策施加的束缚性影响”。^[10] 现实主义认为国家并不关心他国福利,只致力于追求自身利益的最大化,国家对国际法的遵守基本上是其基于权力分配现状而进行利益计算的结果。因此,国家没有遵守国际法的内在偏好,不受法治正当性的影响。基于对现实主义的反思、修正和对国家实践的观察,国际法学者与国际关系学者以利益为基础发展出不同的国际法遵守理论分支。

1. 理性选择理论

20世纪80年代开始,一批从事国际机制研究的学者认识到仅依赖权力对比和短期利益计算来解释国际关系存在局限性,于是开始重新审视和评估现实主义,在此基础上提出了理性选择理论。理性选择理论认同现实利益驱动国家行为的观点,但认为国际法可以通过改变国家在国际合作中的成本和收益、通过制裁措施和声誉利益来促使国家遵守国际法。

理性选择理论从经济学理性人的基本假定出发,推定国家同个人相似,是理性、自利、能够识别和追求自我利益的理性行为体。^[11] 然后运用博弈理论来构建和分析不同行为体之间的合作模型,推导得出个人在合作中的行为是基于成本——收益计算的结果,法律可以通过改变其行为成本(如施加制裁)来影响个人的行为偏好。同理,国际机制也可以凭借类似的路径影响国家行为。国际机制理论的代表人物基欧汉就认为,通过改变国家的成本和收益,国际机制可以影响国家行为,促进国家间的互利合作。国际机制可以通过创设开展有序多边谈判的条件,促进不同领域的连结,降低国家的交易成本;国际机制可以缓解国际合作中的信息不对称问题,降低国家在预估彼此政策时的不确定程度;国际机

[9] 对国际法遵守理论的流派存在不同的概括和划分方法。有学者将其划分为两大阵营:现实主义和建构主义。参见 Shima Baradaran, Michael Findley, Daniel Nielson, and J. C. Sharmant, “Does International Law Matter?”, 97 *Minnesota Law Review* 743 (2013)。另有学者则将其概括为三类理论:利益驱动、社会驱动和治理驱动。参见 Kendall Stiles, Who is keeping the sea safe? Testing theories of international law compliance, 45(2) *Cooperation and Conflict* 139 (2010)。但笔者以为,就理论构建基础而言,各种观点的聚合与分野之处在于利益与规范。

[10] Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, revised by Kenneth W. Thompson, New York: Knopf, 6th ed., 1985, p. 12.

[11] 例如,参见 Richard A. Posner, “Some Economics of International Law: Comment on Conference Papers”, 31 *Journal of Legal Studies* 321 (2002); Kenneth W. Abbott, “Trust But Verify”: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements, 26 *Cornell International Law Journal* 1 (1993)。

制可以通过国家间的长期持续性互动,降低欺骗动机,提升声誉价值;国际机制可以通过确立国家行为的合法标准,提供遵守监督机制,基于互惠原则创设非集中化的执行基础。^[12]虽然基欧汉的研究并未直接关注国际法与国家行为之间的关系,但鉴于国际机制与国际法间的紧密联系,这些研究很快被引入国际法的分析框架。^[13]

“国家从来不会为遵守而遵守国际法,国家只有在被强迫遵守时才会遵守”。^[14]制裁是国际法获得遵守的一个重要动因。虽然在有些国际法领域,国家可能赋予某些国际组织集体强制执行国际法的权力,但国际法的强制性仍主要有赖于国家本身施加制裁措施。因此,理性选择理论重在关注由国家施加的互惠和报复两种制裁措施。一国违反国际法将导致他国中止给予合作收益,而“报复的威胁会促使国家遵守国际习惯法,并最终促使国家缔结、执行国际条约”。^[15]同时,理性选择理论学者也注意到国际法制裁措施的局限性。例如有学者通过实证研究发现,在国际法强制执行机制软弱和有限的情况下,制裁的成功率低于5%。^[16]还有学者认为,在理性选择理论的成本——效益分析框架下,报复涉及成本问题,实施贸易制裁、军事介入和其他强制性工具的成本对进行报复的国家来说往往难以承受。而且在多边协议的情况下,还存在搭便车的问题——当多边协议提供的是公共产品时,无法仅通过停止给予违反协议国互惠而减除其获利。因此,一般而言互惠与报复只有在双边关系中才能有效约束国家遵守国际法。^[17]但理性选择理论并未因此否定制裁在促使国家遵守国际法方面的有效性,而是继续探求纾解其局限性的解决之道。针对制裁成本问题,就有学者通过进一步研究指出,在国际机制下制裁者能够通过制裁获取经济、政治和声誉收益,并能实现经济和政治成本的最小化。原因在于:其一,在因规则不清而导致国家不遵守国际法时,国际机制能够澄清规则,解决“解释冲突”的问题;其二,国际机制通过提供透明度和监督制度,可以帮助识别和发现不遵守行为;其三,国际机制可以提供关于国家行为动机的信息并实现信息在不同国家间的互动和流动。^[18]

除制裁外,理性选择理论认为声誉也是国际法获得遵守的一个重要动因。基欧汉是最早提出这一观点的学者之一。“国际机制不仅依赖于通过报复而实施的非集中化强制执行,还依赖于政府保持其声誉的愿望……基于对声誉的考量、对报复的畏惧和对先例后果的忧虑,自利的政府会选择遵守国际机制的原则和规则,即使基于短期的利益考虑其不

[12] Robert O. Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, 1984, pp. 245 - 246.

[13] 例如,我国国际法学者徐崇利就认为,以国际制度理论探讨国际法的产生与变化、效力与遵守等机理,已成为国际法学与国际关系理论两大学科交叉的最主要节点。参见徐崇利:《构建国际法之“法理学”:国际法学与国际关系理论之学科交叉》,《比较法研究》2009年第4期。

[14] Judith Goldstein et al., “Introduction: Legalization and World Politics”, 54 *International Organization* 385, 391 - 392 (2000).

[15] Radinsky M. Retaliation, “The Genesis of a Law and the Evolution toward International Cooperation: An Application of Game Theory to Modern International Conflicts”, 2 *George Mason Law Review* 55, 58 (1994).

[16] Robert A. Pape, “Why Economic Sanctions Do Not Work”, 22 *International Security* 90, 109 (1997).

[17] Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, p. 46, p. 212.

[18] Alexander Thompson, “The rational enforcement of international law: solving the sanctioners’ dilemma”, 1 *International Theory* 307, 318 - 319 (2009).

应遵守”。^[19] 蔡斯也相信在促使国家遵守国际法方面,声誉足以与互惠媲美。“当一个国际组织的成员不履行义务时,其作为一个可靠合作伙伴的声誉就会在某种程度上受损,其继续收获组织内利益的能力也会被危及”。^[20] 西蒙斯则进一步指出,国际法律义务本身即是政府用以提升违反者声誉成本的一种路径。^[21] 在此基础上,有学者提出了“受众成本”的概念,进一步说明声誉能够促使国家遵守国际法的原因。该观点认为,民主政府的行为需面对两类受众,一类是外部受众,即其他国家或非国家行为体;另一类是内部受众,即选民和其他组织化的社会利益团体。政府一旦违反国际协议,不仅使其国际合作层面的良好声誉受损,还会招致国内选民的惩罚。^[22]

关于制裁、声誉与遵守国际法之间的关系,近年最具代表性的研究当属古兹曼的《国际法如何发挥作用:理性选择理论》。在该书中,古兹曼以理性选择理论为基础,全面论述了在缺少强制执行机制的情况下,国际法如何能够影响国家行为。就此他提出了“3R”理论:声誉(reputation)、互惠(reciprocity)和报复(retaliation)。他先行论述了互惠和报复机制的有效性和局限性,随后将讨论焦点集中于声誉。古兹曼将声誉界定为“基于行为体以往行为而预测其未来行为的判断”。声誉是一国履行其国际法律义务意愿的信号,而其他国家会注意到这一信号。由此,一国的声誉会影响其诱导他国与其合作尤其是通过未来履行法律义务进行合作的能力。声誉发挥作用的关键是一国与他国间存在长期的合作关系,因为只有重复博弈的情况下,声誉才会影响一国的收益。古兹曼的基本结论是:“当遵守所获的声誉收益超过违反可得的非声誉报酬时,国家会选择遵守。”^[23] 在两种情况下,违反可得的非声誉报酬会超过遵守所获的声誉收益:一是所涉问题属国家存在重大利益的问题,如国家安全;二是有些国家在维持和发展声誉方面几乎不存在利益(这是因为有些国家是侵略型国家,不期望依赖他国面向未来的可靠承诺;还有些国家声誉已经很糟,即使因不履行而使声誉更糟也无所谓)。^[24]

2. 理性现实主义理论

与理性选择理论对制裁和声誉的倚重不同,戈德史密斯和波斯纳在2005年出版的《国际法的局限性》一书中旗帜鲜明地提出了不同观点,宣称“在遵守与国家利益相悖时,国际法不能促使国家遵守”。^[25] 他们基于理性选择理论,运用衍生自博弈论的理论模型,主张无论国际习惯法还是国际条约法均不能外在影响国家行为。换言之,国家遵守国际法并非是因为国际法的道德影响力或者国家存在遵守国际法的偏好,而仅仅是国家的

[19] Robert O. Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, p. 106.

[20] Abram Chayes and Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 273.

[21] Beth A. Simmons, “International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs”, 94 *American Political Science Review* 819, 819 (2000).

[22] Michael Tomz, *Reputation and International Cooperation: Sovereign Debt Across Three Centuries*, Princeton University Press, 2007, pp. 14 - 36.

[23] Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, p. 75.

[24] Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, pp. 35, 81, 111 - 113.

[25] Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 13.

自我利益使然。随后,他们又对大量历史案例做了实证考察,涵盖国际条约(如国际人权条约、国际贸易条约)和国际习惯(如外交领事豁免和中立国船只自由通过)。在此基础上,他们归纳出国家“遵守”国际法的四种行为模式。模式一为“巧合”,是指国家基于自我利益做出的行为恰巧与国际法一致,但实际上国家并未考虑国际法律规则或他国利益。模式二为“协调”,是指两个或两个以上国家创制并遵守国际法律规则仅仅基于便利而非义务感。模式三为“合作”,是指国家基于互惠而抑制符合自己短期利益的违反行为,目的是收获更大的长期利益。模式四为“强迫”,是指强国迫使弱国做出符合强国利益的遵守行为。基于其论证,戈德史密斯和波斯纳进一步推论,国家在方便的时候利用国际法,在不方便的时候则忽视国际法,完全有权将其主权利益置于首位。“实际上,当国际法对联邦制度、三权分立和国内主权构成威胁时,民主国家不但有权利而且有义务将其主权利益置于首位”。^[26]

戈德史密斯和波斯纳承认存在国家遵守国际法的事实,但认为遵守的原因仅仅是国家利益,而非国际法本身的吸引力或国家存在遵守国际法的偏好。上述观点与国际关系学中的现实主义遥相呼应,与理性选择理论看似不同,实质仍存在联系。该理论与现实主义、理性选择理论一样,均以国家利益为分析起点。其结论与现实主义类似,但整个论证过程却大量借鉴了理性选择理论的模型和方法。实际上,这一理论是现实主义在理性选择理论分析框架下的复兴,因而笔者将其概括为“理性现实主义理论”。

理性现实主义甫出即引来美国国际法学者的强烈反应。奥康纳从理论论证的角度提出批评,认为戈德史密斯和波斯纳的观点存在事实和前提错误,过于短视,且对以往案例的实证研究不够充分。^[27]更多学者则关注此种观点对现实的潜在影响。布坎南指出,如果这些观点得到认可,将等于支持美国政府对国际法采取一种纯粹的工具主义态度,而美国公民也不存在道德义务去阻止政府如此作为。^[28]麦金尼斯也表达了相似观点,认为该理论旨在通过扩大美国总统权限、限制司法作用来限制国际法在美国的适用范围,将美国对国际机制的参与降到最低限度。^[29]而沙尔则采用定性实证分析的方法,通过采访仍健在的十位前美国国务院法律顾问,探讨在危机时期国际法对美外交政策的影响力。其研究结论为:“与戈德史密斯和波斯纳的理论假设不同,法律顾问们总是尽力说服决策者相信国际法才是真正的法,遵守国际法的获利几乎总是超过违反国际法可得的短期收益。法律顾问们将多边互惠、守法国家的声誉和维护秩序、促进法治视为国际法影响国家遵守行为的构成要素。定性实证研究的数据表明国际法才是真正的法,因为其在塑造国家行为方面(即使是在超级大国面临危机的时期)的确发挥着作用。国际法有用,因为政府的律师

[26] Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 43, 225.

[27] Mary Ellen O'Connell, *The power and purpose of international law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement*, Oxford University Press, 2008. pp. 1-3.

[28] Allen Buchanan, "Democracy and the Commitment to International Law", 34 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 305, 307-308 (2005).

[29] Margaret E. McGuinness, "Exploring the Limits of International Human Rights Law", 34 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 393, 421 (2005).

和政策制定者在使用国际法并受其影响。”^[30]

联系上述学者的观点与美国在 9·11 事件后的国际处境,可以清晰地看到理性现实主义理论产生的现实动因。9·11 后美国对伊拉克发动了所谓“预防性战争”,其行为的国际合法性广受国内外质疑和诟病。而在 2003 年美国军队占领伊拉克以后,发生的一系列虐囚丑闻也屡屡被指违背国际法,引发各国政府、人权组织和新闻媒体的广泛关注。在此种情况下,当时的布什政府亟需减少国际法对其外交政策的束缚和影响,亟需一种国际法理论来为其不遵守国际法的行为做出辩解。理性现实主义理论在很大程度上正是此种政治需求驱动的产物。

3. 小结

以利益为基础的理论流派尤其是理性选择理论获得了广泛认可。该理论基于成本——收益的分析框架和基于博弈论的论证模型影响深远,其对于制裁和声誉因素在国家遵守国际法过程中作用的分析颇具说服力。而理性现实主义理论尽管受到多数美国国际法学者的批评,但鉴于其对美国政府现实需求的迎合和较为系统的理论论证,仍得到了广泛关注。

尽管以利益为基础的理论流派论证设计较为精巧,但其理论前提和论证方法亦不乏问题。有学者认为该理论范式存在循环论证的问题,一方面基于对国家利益的追求来解释国家的行为,另一方面又基于国家本身的行为来确定何为国家利益。“一个成功的国际法(遵守)理论必须表明国家为何遵守国际法,而不是假定国家具有遵守国际法的行为偏好”^[31]。还有学者认为,有时在遵守成本大于收益或无明显收益的情况下国家也会选择遵守国际法,而以利益为基础的理论流派在解释这一遵守问题上表现乏力。以国际人权条约和国际环境条约为例,国家遵守这些条约需要付出大量成本(主权行使受到限制),而收益则是全世界范围内人权和环境的改善。如果认为国家的自身利益是驱动国家行为的中心动力,那么国家为何要浪费时间和精力创设这些不能产生明显国家个体收益的条约?^[32] 上述质疑一方面推动着以利益为基础的理论不断深化,另一方面也在一定程度上催生了以规范为基础的理论流派。

(二) 以规范为基础的理论流派

不同于理性选择理论仅以国家利益为出发点解释国家行为的理论范式,以规范为基础的理论流派尽管承认国家利益可以驱动国家行为,但认为观念亦是驱动国家行为的另一种力量。该流派认为,国家创制和遵守国际法的根本原因在于规范所体现的道德和社会义务观念。再者,理性选择理论所宣称的国家利益并非内生的、一成不变的,国家利益是可以通过法律规则以及与其他国家、组织和个人之间的互动而“建构”的。“国家并不

[30] Michael P. Schar, “International Law in Crisis: A Qualitative Empirical Contribution to the Compliance Debate”, 31 *Cardozo Law Review* 45, 96–97 (2009).

[31] Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 10.

[32] Oona A. Hathaway, “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”, 72 *University of Chicago Law Review* 469, 479 (2005).

总是知道自己想要什么。国家可以被教导应采取何种适当而有用的行动。”^[33]

以规范为基础的理论流派植根于社会学与国际关系学中的“建构主义”。建构主义的代表人物温特认为,国家的身份和利益是由共同观念所建构,而非现实主义者所认为的那样,是天生的或是由权力等物质力量决定的。^[34] 国家遵守国际社会的规范不是因为自我利益的计算,而是因为已经将这些规范内化并视为自己的组成部分。^[35] 国际法学者在此基础上继续推进,就国际法律规范和国际法遵守之间的关系构建了不同的分支理论。

1. 管理过程理论

基于制裁和声誉在促进国际法遵守方面的有限性,美国学者蔡斯夫妇提出,应以一种主要依赖合作与问题解决的“管理模式”替代基于强制性制裁的“执行模式”,藉以实现国际法的遵守。他们认为,国家具有遵守国际法的内在倾向,三个因素决定了国家的这一倾向。一是效率,即遵守国际法可以避免重复计算决策的成本和收益,降低交易成本;二是利益,即条约的缔结以国家同意为基础,服务于成员国的利益;三是规范,即国际法律规范本身可为国家遵守国际法创设一种法律义务感。^[36] 因此,国家不遵守国际法是一种例外情形。导致国家不遵守国际法的原因一般不是基于自我利益考量的故意违反,而是源自国际条约规则本身的模糊性或者国家能力的欠缺。在此种情况下,强制执行模式收效不大且成本高昂。更为有效的是一种管理过程模式,即通过提供相关法律信息和国家能力建设资源,改变不遵守国家的偏好,说服国家遵守。实现有效“管理”的制度工具包括透明度、数据的收集与报告、核实与监督、争端解决、能力建设以及审查与评估。整个管理过程的实施不依赖于强制制裁,而依赖于国家对被疏离于国际网络之外的恐惧,因为对大多数国家而言,参与这一国际网络已成为国家安全与经济福祉的中心所在。^[37]

管理过程理论被誉为“在国际法遵守领域最令人满意的传统法律理论”,^[38] 对后续国际法遵守问题研究尤其是国际环境法和国际人权法领域的遵守问题研究影响深远。^[39] 当然,在一片赞誉声中也不乏质疑。例如,有学者就批评管理过程理论在研究领域方面存在“选择偏见”,因而高估了国际法的遵守情况;在一些“高级政治”领域(如武装冲突、武器控制、领土争端等),如果没有强制执行机制,遵守不大可能发生。而为了保持其遵守

[33] Martha Finnemore, *National Interests in International Society*, Cornell University Press, 1996, p. 1.

[34] Alexander Wendt, “Anarchy Is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics”, 46 *International Organization* 391, 396 (1992).

[35] Alexander Wendt, *Social Theory of International Politics*, Cambridge University Press, 1999, pp. 242 - 243.

[36] Abram Chayes, Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, pp. 29 - 33.

[37] Abram Chayes, Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 197.

[38] Andrew T. Guzman, “A Compliance-Based Theory of International Law”, p. 1830.

[39] 随后发表的许多关于国际环境法遵守的研究成果对管理过程理论进行了重申、验证或细化。这些成果包括但不限于:Ulrich Beyerlin, et al. *Law-making and law-enforcement in International Environmental Law after the 1992 Rio Conference*, E. Schmidt (1997); Jutta Brunnee, Stephen J. Toope, “Persuasion and Enforcement: Explaining Compliance with International Law”, 13 *Finnish Year Book of International Law* 1 (2002); Markus Ehrmann, “Procedures of Compliance Control in International Environmental Treaties”, 13 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 377 (2002); Simon S. C. Tay, “Southeast Asian Fires: The Challenge for International Environmental Law and Sustainable Development”, 11 *Georgetown International Environmental Law Review* 241 (1999).

国际法的形象,国家可能会避开需要做出重大行为转变的实质性法律承诺。^[40]

2. 跨国法律过程理论

跨国法律过程理论是现任耶鲁大学国际法教授高洪柱^[41]提出的一种国际法遵守理论。他认为国家遵守国际法是一个互动、解释和内化的过程。在外交争端、司法案件和竞选活动等多种场合下,围绕国际法律规则的适用,不同的国际行为体和国内行为体(国家、国际组织、公司、非政府组织等)展开互动。这些互动最终推动了国际法律规则的解释,并最终将国际法律规则转化,形成国内法院裁决、总统令或行政条例。^[42]在这一过程中,国际法律规则通过转化为国内法而增强了约束力。通过互动、解释和内化这一循环往复的跨国法律过程,国际法获得了粘性,国家基于自我利益而做出的遵守则最终变成一种制度习惯。^[43]“跨国法律过程是一个规范性、动态性、构成性的过程……未来的互动将会进一步内化这些规范;最终重复性地参与这一过程将有助于重构参与者的利益乃至身份”。^[44]

该理论特别关注国际法律规范内化与国际法遵守之间的关系,认为国家将国际法律规范内化、将其并入国内法律体系和价值体系,会反过来提升国家对国际法律规范的遵守。这一理论为解释国家为何遵守国际法开辟了另一理论路径。但该理论在得到肯定的同时,也有学者提出质疑,认为跨国过程理论的确可以促进个人和小群体的利益观念转化,但却不能解释个人和小群体利益观念的转化最终如何影响国家偏好。^[45]

3. 其他以规范为基础的国际法遵守理论

基于管理过程理论和跨国过程理论,有学者进一步提出了交织理论。所谓“交织”是指国家利益与国际法之间如镜像般吻合的一种状态。换言之,国家发现遵守国际法规则即是其国家利益所在。“交织”的形成需要以法制化机制的存在为前提。而就何为“法制化”,该学者则借鉴了较为广泛接受的定义,从义务、准确性和委托三个维度予以界定。义务是指国家或其他行为体受到某一个或某一系列法律规则和承诺的约束;准确性是指法律规则清晰地界定要求、授权或禁止国家或其他行为体的行为;委托则是指第三方被授权执行、解释和适用法律规则。在法制化机制下,通过清晰地界定、解释国家义务和由第三方实施的监督机制,可以成功地鼓励、劝诱国家遵守国际法,实现国家利益和观念的转变,最终使得国家利益与法制化机制的目标高度一致。^[46]

[40] George W. Downs, David M. Rocke, and Peter N. Barsoom, “Is the Good News About Compliance Good News About Cooperation?”, 50 *International Organization* 379 (1996).

[41] 高洪柱曾于2009年6月至2013年1月间担任美国国务院法律顾问。之前在克林顿执政时期,曾于1998年11月至2001年1月间担任负责民主、人权和劳动事务的助理国务卿。

[42] Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, 106 *Yale Law Journal* 2599, 2602–2603.

[43] Harold Hongju Koh, “The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process”, 75 *Nebraska Law Review* 181, 183–184 (1996).

[44] Harold Hongju Koh, “Why Do Nations Obey International Law?”, 106 *Yale Law Journal* 2599, 2646.

[45] George W., Kyle W. Danish and Peter N. Barsoom, “The Transformational Model of International Regime Design: Triumph of Hope or Experience”, 38 *Columbia Journal of Transnational Law* 465, 669 (2000).

[46] Claire R. Kelly, “Enmeshment as a Theory of Compliance”, 37 *New York University of Journal International Law and Policy* 303, 303–304 (2005).

还有学者将跨国法律过程理论进一步推进,在“文本内化”的基础上探讨如何实现国际人权法律规范的“社会内化”,认为一国通过不断模仿他国行为可以实现文化移入。文化移入不仅可以通过改变目标行为体的动机或思想,还可以通过改变行为体所处的社会环境引发行为体行为的改变。^[47]与这种“社会内化”的观点密切相关,有学者就国际人权的遵守提出了一种行为理论。^[48]该理论建立在心理学行为主义的研究结论之上,即社会条件对人类行为具有重要影响。^[49]社会环境本身即具有规制功能,尽管人们在做出行为时可能并未意识到社会环境的影响。基于上述结论,行为理论认为只有改变或者建构有效的实施法律规范的社会环境,才能从根本上促进法律规范的执行。对规范违反者予以事后制裁对促进遵守固然重要,但事前的行为塑造——使潜在违法者意识到制裁的威胁并将其内化——更为有效。^[50]因此,以强化国际法的遵守为目标,行为理论主张从构建国际法强制执行机制转向改变或构建有效的遵守规范的社会环境。这种行为理论实际上是一种规范管理理论,即通过一系列机制设计,逐步培育和改变遵守规范的社会环境,从而最终影响行为体的行为。

4. 小结

以规范为基础的理论将关注点从利益转向观念,重点探讨观念在国际法遵守中的重要作用。其研究对象不限于国际条约和国际习惯,开始关注不具有强制性的国际软法规范对国际法遵守行为的影响。从理论基点和研究对象来看,以规范为基础的理论对以利益为基础理论的做了重要矫正和补充。但以规范为基础的理论自身也存在不足。一个主要的表现是此类理论对国家遵守或不遵守国际法的行为更侧重于描述而非预测。以规范为基础的理论目前能够做出的唯一确定性预测,或许只是国家在大多数情况下存在遵守国际法的偏好,但却未能对国家行为提供具体的解释和预测。例如,行为理论论证了社会环境可以影响国家遵守行为的观点,但对在多大程度上、在何种情况下影响国家遵守行为的问题却未有结论。正如古兹曼所批评的那样:“尽管这一理论提供了令人感兴趣的、似乎颇为合理的国际法解释,并且至少在一些情况下对国际法做了准确的描述,但在创设一般性的、可验证的国家行为模型方面仍有待检验。”^[51]

二 国际法遵守理论研究的新趋势

基于两大理论流派的研究现状,结合近年尤其是2009年至2013年间的研究成果,我们发现国际法遵守理论的研究呈现出新的特点和发展趋势。

[47] Ryan Goodman and Derek Jinks, “How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law”, 54 *Duke Law Journal* 621, 638 (2004).

[48] Andrew K. Woods, “A Behavioral Approach to Human Rights”, 51 *Harvard International Law Journal* 51, 51 - 112 (2010).

[49] Jon Hanson and David Yosifon, “The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture”, 152 *University of Pennsylvania Law Review* 129, 344 (2003).

[50] Andrew K. Woods, “A Behavioral Approach to Human Rights”, 51 *Harvard International Law Journal* 51, 104 - 105.

[51] Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, 2008, pp. 19 - 20.

(一) 两大理论流派呈现交叉融合的趋势

虽然来自两大流派的不同分支理论和观点时常针锋相对,但也在斗争中相互借鉴。随着对国际法遵守理论研究的深入,对于共同研究主题的关注最终使两大流派呈现某种融合之势。

这种融合之势首先表现在:基于两大流派,有学者提出了一些折衷的、混合式的国际法遵守理论,例如表达理论和一体化理论。表达理论认为国家的行为决策取决于两个因素:对行为后果的理性评估和主观确信。前者反映的是国家对其行为本身的认识,后者则是国家对他国如何评价其行为的一种主观确信,即做出或不做出某种特定行为的社会压力。^[52] 该理论一方面认同理性选择理论的观点,即国家存在声誉偏好;另一方面又与理性选择理论不同,不认为制裁是促进国家遵守的动力,而赞同以规范为基础的理论,认为国际法律过程本身即具有建构效果。海瑟薇则提出了一种一体化国际法理论。该理论认为国际条约主要通过两种方式影响国家行为,即强制执行和附随结果。条约的强制执行包括国际和国内两个层面,国际执行是指国际组织和条约其他缔约国根据条约规定对违反条约的国家实施制裁,国内执行则是指国内行为体通过国内的机构和法律保证国家遵守相关国际法律义务。附随后果是指国家加入条约后可带来的声誉和物质利益,包括国际层面的外国援助、外国投资以及国内层面的政治支持等。海瑟薇通过对国际人权条约和国际环境条约的签订和遵守情况的实证研究,证实了基于上述理论三个假设:(1)国际执行机制与国家条约的遵守之间存在“抵换”,当国际条约的执行机制强大时,不打算遵守的国家缔结条约的可能性较低;而当国际执行机制软弱时,不打算遵守的国家缔结条约的可能性则较高;(2)国内执行机制对国际法的遵守更为重要;(3)加入条约的附随利益有时会诱使无意愿或无能力遵守的国家也积极加入条约。^[53] 该理论旨在弥补以利益为基础的和以规范为基础的理论在解释国家缔结条约率与遵守条约率之间的差异方面存在的不足,意图在融合两个理论的基础上,提供一个更为全面的促进国际条约遵守的理论。

一些实证研究得出的具体结论也体现了以利益为基础和以规范为基础的两大理论流派的融合趋势。例如,有学者基于对国际贸易和国际金融领域软法遵守数据的研究,认为国家在缺乏短期收益的情况下继续合作并非基于获取长期收益的预期,而是因为参与国际机制的动态和互动过程重构了国家的偏好和身份;因此,强化国家对国际软法的遵守就需要综合利用以利益分析为基础的声誉理论和以规范分析为基础的管理过程理论。^[54] 还有学者基于欧盟对国际法的遵守实践,认为将基于制裁与基于管理过程的制度工具结合可以形成最为有效的国际法遵守机制。^[55] 还有学者对“尼加拉瓜案”之后的国际法院判决执行情况做了实证研究。在考察国家对四类案件(领土主权争端、领土划界争端、刑

[52] Alex Geisinger, “Michael Ashley Stein, A Theory of Expressive International Law”, 60 *Vanderbilt Law Review* 77, 78 – 130 (2007).

[53] Oona A. Hathaway, “Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law”, pp. 514 – 534.

[54] Janet Koven Levit, “The Dynamics of International Trade Finance Regulation: The Arrangement on Officially Supported Export Credits”, 45 *Harvard International Law Journal* 65 (2004).

[55] Jonas Tallberg, “Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union”, 56 *International Organization* 609, 643 (2002).

事程序问题和法律解释问题)判决的遵守情况后,认为国际法院的判决得到了实质性遵守,国家遵守的主要原因是国际社会和国际组织施加的压力提升了国家不遵守的声誉成本,而不遵守的原因则是判决与国家的重要利益不符或判决本身具有模糊性。^[56] 这一结论体现了理性选择理论(利益和声誉)和管理过程理论(法律规则的模糊性)的融合。

(二) 研究范围、研究主题和研究方法的扩展

国际法遵守理论的研究范围不断扩展。从问题研究领域来看,已从传统的国际人权法、国际环境法、国际贸易法扩展至国际人道法、国际刑法、国际海洋法、国际税法、国际争端解决等,几乎涵盖国际法所有分支领域。^[57] 从研究对象来看,已从国际条约的遵守扩展至国际习惯法和国际软法的遵守。^[58] 从研究的影响范围来看,已从美国扩展至加拿大、澳大利亚、欧盟等国家和地区。^[59]

国际法遵守理论研究范围扩展的另一个表现是开始超越国家本身,开始关注国家的内部政治结构及非国家行为体对国家遵守国际法的影响。尽管呼吁关注个人等非国家行为体在法律遵守中作用的观点出现较早,^[60]但一直以来以利益为基础和以规范为基础的

[56] Heather L. Jones Jones, "Why Comply? An Analysis of Trends in Compliance with Judgments of the International Court of Justice since Nicaragua", 12 *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* 47, 47-197 (2012).

[57] 就 2008 年至 2013 年发表在主要英文法律期刊上的论文来看,国际法遵守问题的研究范围几乎覆盖了上述全部领域。其中国际人道法、国际税法和国际争端解决方面的论文主要包括: Charles J. Moxley Jr., John Burroughs, and Jonathan Granoff, "Nuclear Weapons and Compliance with International Humanitarian Law and the Nuclear Non-Proliferation Treaty", 34 *Fordham International Law Journal* 595 (2010); Lesley Wexler, "Vietnamization of the Long War on Terror: An Ongoing Lesson in International Humanitarian Law Non-Compliance", 30 *Boston University International Law Journal* 575 (2012); Marc D. Shepsman, "Buying FATCA Compliance: Overcoming Holdout Incentives to Prevent International Tax Arbitrage", 36 *Fordham International Law Journal* 1767 (2013); Anna Spain, "Using International Dispute Resolution to Address the Compliance Question in International Law", 40 *Georgetown Journal of International Law* 807 (2008); Rachel Brewster, "Pricing Compliance: When Formal Remedies Displace Reputational Sanctions", 54 *Harvard International Law Journal* 259 (2013).

[58] See Navin Beekarry, "The International Anti - Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Regulatory Strategy: A Critical Analysis of Compliance Determinants in International Law", 31 *Northwestern Journal of International Law and Business* 137 (2011); George S. Yacoubian, Nicole, "An Examination of Law Enforcement Responses to Human Trafficking in the United States: A Compliance Assessment of U. S. Obligations under Customary and Conventional International Law", 15 *UC Davis Journal of International Law and Policy* 157 (2008).

[59] See Joelle A. Martin, Robert M. Young, "Unfinished Business: Canada's Contribution to Promoting Compliance with International Humanitarian Law through the Protection of Civilians in Armed Conflict Agenda of the United Nations Security Council", 27 *Windsor YB Access Just.* 347 (2009); Eugene C. Lim, "On the Compliance Pull of Intellectual Property Norms: Finnis, Practical Reasonableness and the Challenge of Social Internalization", 31 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 1 (2012); Zoe Hutchinson, "The Right to Freedom of Association in the Workplace: Australia's Compliance with International Human Right Law", 27 *UCLA Pacific Basin Law Journal* 119 (2010); Vedna Jivan and Christine Forster, "Challenging Conventions: In Pursuit of Greater Legislative Compliance with CEDAW in the Pacific", 10 *Melbourne Journal of International Law* 655 (2009); Michael Zurn, Christian Joerges, *Law and Governance in Postnational Europe: Compliance Beyond the Nation-State*, Cambridge University Press, 2005.

[60] 奥兰·扬认为个人才是法律遵守的最终主体,国际法遵守理论应关注个人对遵守的影响。参见 Oran R. Young, *Compliance and Public Authority: A Theory with International Applications*, Resources for the Future, 1979。斯劳特也认为国际法遵守的关键行为体不是国家,而是个人、机构、组织以及公民社会的其他组成部分,而跨国政府网络——不同国家政府官员的非正式联系——也可以提升国际法的遵守。参见 Anne-Marie Slaughter, "International Law in a World of Liberal States", 6 *European Journal of International Law* 503 (1995); Kal Raustiala, "The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law", 43 *Virginia Journal of International Law* 1 (2002); Anne-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.

两大理论流派在讨论国际法遵守问题时均将焦点对准国家,将国家视为单一的、整体性的行为体。近几年来,伴随着对跨国法律过程理论的延伸性研究,国家的内部政治结构及非国家行为体开始进入国际法遵守理论的研究视野。学者们认识到,国家是否遵守国际法不仅取决于他国,更取决于本国政治决策的博弈过程。戴鑫源认为,国内利益团体基于选举杠杆和信息优势这两类资源影响国内政府做出是否遵守国际法的决定。^[61] 西蒙斯则提出了另外一种影响国际条约遵守的国内政治理论,认为国内政治主要通过议程设定、诉讼和动员这三种机制影响国家做出遵守国际条约的决定。^[62] 特拉赫特曼则关注国内政治联盟对国家遵守国际法的影响,认为不同的国内政治利益团体存在不同的国际法遵守偏好,国家则基于对不同偏好的调解和平衡最终做出是否遵守国际法的决定。^[63] 近两三年的研究则进一步解构国内政治,关注一国政治体系(如美国联邦政府内部)在国际法遵守方面存在的利益和动机分歧。^[64] 除关注国内政治结构外,私人行为体对国际法遵守的影响也已进入学者们的研究视野。有学者就认为,仅将研究焦点对准国家行为体是目前国际法遵守理论研究的一大缺陷,此种研究的短视使得现有理论难以衡量对国际法的实际遵守情况,因为国家对国际法的遵守只是一种形式遵守,其遵守的义务最终需要依靠私人行为体来实施。因此,只有关注私人行为体的遵守才能获知国际法的实际遵守情况。^[65]

此外,国际法遵守理论的研究方法正在朝着跨学科和实证研究的方向不断拓展。国际法遵守理论在成型之初即是国际法学和国际关系学跨学科研究的产物,吸引了众多国际关系学和国际法学的优秀学者贡献智识。近年来这一跨学科的趋势不断得到强化,^[66] 对国际法遵守的研究已拓展至社会学、经济学、心理学和伦理学等领域。尽管这些研究所使用的术语体系和研究范式与国际法学和国际关系学存在差异,但其研究成果却与国际法遵守理论暗合,从另一个视角为国际法遵守理论提供了重要的智力支持。例如,两位经济学家运用经济学理论和分析模型,就挪威、加拿大和南非三国对规制非法捕鱼的国内和国际法律的遵守情况作了比较研究,结论是存在三个遵守动机:威慑、对法律内容的道德支持和立法者权威。^[67] 此处的“威慑”暗合以利益为基础的国际遵守理论中的“制裁”,

[61] Xinyuan Dai, “Why Comply? The Domestic Constituency Mechanism”, 59 *International Organization* 363, 398 (2005).

[62] Beth Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge University Press, 2009, p. 125.

[63] Joel P. Trachtman, “International Law and Domestic Political Coalitions: The Grand Theory of Compliance with International Law”, 11 *Chicago Journal of International Law* 127 (2010).

[64] Neomi Rao, “Public Choice and International Law Compliance: The Executive Branch Is a ‘They,’ Not an ‘It’”, 96 *Minnesota Law Review* 194 (2011); Risa Kaufman, “‘By Some Other Means’: Considering the Executive’s Role in Fostering Subnational Human Rights Compliance”, 33 *Cardozo Law Review* 5 (2012).

[65] Shima Baradaran, Michael Findley, Daniel Nielson, and J. C. Sharmant, “Does International Law Matter?”, 97 *Minnesota Law Review* 743, 761 (2013).

[66] 例如,上文提及的“交织理论”和“行为理论”即是建立在心理学的相关概念和研究成果之上的新的国际法遵守理论。

[67] Stig S. Gezelius and Maria Hauck, “Toward a Theory of Compliance in State-Regulated Livelihoods: A Comparative Study of Compliance Motivations in Developed and Developing World Fisheries”, 45 *Law and Society Review* 435, 435 (2011).

而“对法律内容的道德支持和立法者权威”则与以规范为基础的国际法遵守理论存在本质上的相通之处。

除跨学科的研究方法外,国际法遵守理论还呈现出实证研究的发展趋向。例如,迪金森使用定性的实证研究方法,通过对美国军事检察官的访谈,分析了其如何将国际法的核心价值——尊重人权和限制使用武力——内化并使其转化为具有可操作性的国际法遵守机制。^[68] 而巴拉达兰等则就国际反洗钱金融法律机制的私人行为体遵守问题开展了田野实验。该实验首先随机抽取反洗钱金融行动特别工作组(Financial Action Task Force on Money Laundering,以下简称“特别工作组”)多个成员国的1000余家金融机构,然后通过虚拟国际金融顾问身份向这些金融机构发出电子邮件,咨询能否协助组建空壳公司事宜。这些电子邮件在内容上稍有差别:一类故意提及特别工作组的相关规定,一类未予提及。最后通过统计分析邮件的回复率和回复内容(是否要求客户提供身份文件),来检验私人行为体(金融机构)对特别工作组制定的软法的遵守情况。结果显示:约三分之二的受测试金融机构要求顾客提供身份文件,约七分之一的受测试金融机构不要求提供任何身份文件,其余的受测试金融机构未予回复;但在要求提供身份文件的受测试金融机构中,有超过四分之一并不要求文件需经公证或其他真实性证明。^[69] 这些发现表明,国际法的确可以影响国家包括私人行为体的遵守行为(三分之二的受试金融机构遵守了特别工作组的国际软法规定),但国家对国际法的遵守并不等同于国家内部的私人行为体对国际法的遵守(受试金融机构所在国家均是特别工作组成员,但显然并非所有受试金融机构均遵守了该小组的国际软法规定)。巴拉达兰等的最后结论为,在国际法遵守问题上国家并非唯一重要的行为体,国家内部的私人行为体同样起着重要的决定作用。^[70] 可以预期,定性和定量的实证研究将成为国际法遵守理论的主流研究方法。定量研究通过客观数据,运用统计学和经济学方法,可以验证已有的国际法遵守理论并提供新的证据;而“定性研究非常重要,因为其可提供情境的细节和细微差别,使我们能够看到影响国际法遵守机制的微妙因素”。^[71]

(三) 小结

围绕国际法的遵守问题——国家是否遵守国际法、国家为何遵守/不遵守国际法,以及国家在何种情况下遵守/不遵守国际法——以利益为基础的理论流派和以规范为基础的理论流派提出和论证了众多分支理论和观点。对于“国家是否遵守国际法”的问题,两大理论流派均承认存在国家遵守国际法的事实。对于“国家为何遵守/不遵守国际法”的问题,两大流派提出了影响国家遵守国际法的多个因素,包括利益、声誉、制裁、规范、国家能力、国内政治结构和社会环境等。国家对国际法的遵守行为是多种因素共同作用的结果,不同因素的影响力取决于不同领域的制度体系和环境条件。一般认为,互惠机制是国

[68] Laura A. Dickinson, “Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance”, 104 *American Journal of International Law* 1 (2010).

[69] Shima Baradaran, et al., “Does International Law Matter?”, pp. 782–791.

[70] Shima Baradaran, et al., “Does International Law Matter?”, pp. 816–819.

[71] Laura A. Dickinson, “Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance”, p. 2.

家遵守国际贸易法的核心,而基于声誉的机制和基于规范的管理过程机制则在国际人权法和国际环境法领域发挥主要作用。但在关涉国家安全等重要利益的领域,上述因素发挥的作用均很有限。但对于“国家在何种情况下遵守/不遵守国际法”的问题,则尚未有具体结论。

三 国际法遵守理论研究的中國視角

(一) 我国对国际法遵守理论的研究概览

与以美国为代表的国外学术界对国际法遵守问题的研究热度相比,目前我国国际法和国家关系学界对该领域的研究和关注都还不够。对于国际法遵守问题,虽然我国著名国际法学者李浩培和王铁崖在其论著中早有论及,^[72]但进一步的研究成果却为数不多。就近年的成果来看,国内学者虽然强调国际法的强制执行不可或缺,但也承认相较于强制执行,国际法的遵守是国际法实施的最主要途径。^[73]进而基于国际法的基本理论,归纳了国家遵守国际法的理由,包括外部压力(强制执行措施)和内部动因(国家的同意、声誉、对良好国际法律秩序的共同追求、互惠和报复)。^[74]另一些学者则就部分国际法遵守理论和研究方法进行了述评和借鉴。^[75]还有学者在梳理传统法学理论和国际关系理论对国际法遵行动力机制解读的基础上,进一步提出了改善国际法遵行机制的双向路径,主张从引导国家树立相容的利益观念和改善国际法的价值结构两个方面来完善国际法遵行机制。^[76]总体而言,这些研究尚处于对国际法遵守理论研究的起步阶段,需要理论上的继续深化、细化与创新,更需要基于中国实践的实证研究。^[77]

[72] 李浩培指出,国际法得到遵守的理论基础是相互原则。“……就国际法的遵守来说,一国自己遵守国际法,可以期望其他国家也遵守国际法,从而得到长远的利益,而一国违反国际法,将导致其他国家的报复和复仇,从而该国虽然从违反国际法可以得到暂时的利益,而从长远观点看来是不值得的……结果是,由于国际社会内相互原则的作用,绝大部分国际法规则可以无需制裁,而得到遵守。”参见李浩培:《李浩培文选》,法律出版社2000年版,第485页。王铁崖则认为:“国际法之所被遵守是受各种力量综合的影响的:一方面是各国承认有遵守的必要,这是主观要求;另一方面是违反的后果迫使各国遵守,这是客观因素。”参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第13页。

[73] 参见温树斌:《论国际法强制执行的必要性》,《肇庆学院学报》2011年第11期。

[74] 参见温树斌:《论国际法的遵守》,《法律科学》2009年第5期。

[75] 例如,有学者从利益分析的基点出发,分析国际法事实上得以遵守的内部原因为利益需求,外部原因为秩序要求,强调利益是国际法事实上得到遵守的根本原因。参见李杰豪:《论“无政府状态”下国际法之遵守——以利益分析为基点》,《当代世界与社会主义》2007年第6期。也有学者围绕利益与成本两条线,对国际法遵守的两大动力(一为国际社会之舆论,二为其他国家的对等报复)理论研究做了较好的梳理。参见高云端:《利益与成本——国际法遵守的动力?》,《国际关系与国际法学刊》2011年第1卷。还有学者从研究方法的角度入手,提出在研究国际法遵守问题上,要打通国际法学和国际关系学两个学科的隔离状态。参见王林彬:《为什么要遵守国际法——国际法与国际关系:质疑与反思》,《国际论坛》2006年第4期。此外,国内期刊也曾登载韩国学者的相关研究,该研究对国际关系和国际法学者提出的代表性的国际法遵守理论做了介绍和综合评价。参见[韩]韩相熙:《国际法遵守理论》,《北大国际法与比较法评论》(第6卷),北京大学出版社2008年版。

[76] 参见何志鹏:《国际法的遵行机制探究》,《东方法学》2009年第5期。

[77] 现有的我国学者对国际法遵守实践的研究基本集中在考查WTO法的遵守方面。新近的代表性成果,参见于安:《我国行政法与WTO协定的一致化》,《中国法学》(英文版)2013年第3期;刘国如:《WTO裁决的遵守——一种从国际关系理论视角的分析》,《国际关系与国际法学刊》2013年第3卷。

在以英文发表的国际法遵守理论研究成果中,关于中国遵守国际法的研究基本全部出自国外学者之手。^[78] 这些研究成果考查了中国在国际贸易法、国际环境法、国际人权法、国际金融法以及国际安全等领域的条约遵守情况,其中大部分研究认为,随着中国对国际法律机制参与的实质性提升,其对国际法的遵守保持了良好记录。当然,这些研究或不可避免地带有“美国中心主义”的色彩,甚至有个别研究成果完全以西方价值观为中心,存在扭曲事实、违反国际法基本原则的观点。^[79] 而就中国在国际法遵守理论发展中的现有角色问题,有美国学者指出,尽管中国在国际社会中的重要性得到显著提升,但在国际法理论发展的知识与经验贡献方面仍处于边缘性定位。^[80]

(二) 加强我国对国际法遵守理论研究的思考

国际法的遵守是指国家行为与国际法律规则的一致性,而促使国家做出遵守国际法行为的两大基本动力为利益和观念。因此,国际法遵守的理想状态应为国家所认知的利益和国际法律规则的一致性,改善国际法的遵守实质上就是提升国家所认知的利益与国际法律规则之间的一致性。这种“一致性”的实现不仅要求有制定得良好的国际法律规则,更要求国家在国际法律规则的制定和实施的过程中,能够通过交往与互动实现自身的利益界定、利益表达和利益调整。换言之,国家的遵守行为并非始于国际法律规则制定之后,而是贯穿于规则酝酿、制定和实施的整个过程。在这一过程中,国家通过与其他国家和国际组织间的互动,界定、表达和调整自身利益,最终实现国家所认知的利益和国际法律规则之间的一致性。^[81]

基于国际法遵守理论的研究现状和我国的现实需要,笔者以为应加强我国对国际法遵守理论的研究,尤其是基于我国遵守实践的实证研究,以提升国际法律规则与我国所认

[78] 比较有代表性的成果包括:Roda Mushkat, “State Reputation and Compliance with International Law: Looking through a Chinese Lens”, 10 *Chinese Journal of International Law* 703 (2011); Roda Mushkat, “China’s Compliance with International Law: What Has Been Learned and the Gaps Remaining”, 20 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 41 (2011); Roda Mushkat, “International Legal Compliance as a Rational Act: Theoretical Extensions and Chinese Realities”, 20 *Transnational Law and Contemporary Problems* 633 (2011); Roda Mushkat, “Compliance with International Environmental Regimes: Chinese Lessons”, 34 *William and Mary Environmental Law and Policy Review* 493 (2010); Roda Mushkat, “Dissecting International Legal Compliance: An Unfinished Odyssey”, 38 *Denver Journal of International Law* 161 (2009); Ann Kent, “China’s Changing Attitude to the Norms of International Law and Its Global Impact”, in Pauline Kerr et al. eds., *China’s New Diplomacy: Tactical or Fundamental Change*, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 55–76; Ann Kent, *Beyond Compliance: China, International Organizations and Global Security*, Stanford University Press, 2007; Ann Kent, “Compliance v. Cooperation: China and International Law”, 13 *Australian International Law Journal* 19 (2006); Gerald Chan, “China’s Compliance in Global Environmental Affairs”, 45 *Asia-Pacific Viewpoint* 66 (2004); Gerald Chan, “China and the WTO: The Theory and Practice of Compliance”, 4 *International Relations of Asia-Pacific* 47 (2004); Gerald Chan, *China’s Compliance in Global Affairs: Trade, Arms Control, Environmental Protection, Human Rights*, World Scientific, 2006.

[79] Richard Klein, “An Analysis of China’s Human Rights Policies in Tibet: China’s Compliance with the Mandates of International Law Regarding Civil and Political Rights”, 18 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 115 (2011).

[80] Roda Mushkat, “State Reputation and Compliance with International Law: Looking through a Chinese Lens”, 10 *Chinese Journal of International Law* 703, 723 (2011).

[81] 有学者即主张,国际法遵守理论的研究需同时考察“国家”、“规范”和“国际体系”间的关系。参见[韩]韩相熙:《国际法遵守理论》,《北大国际法与比较法评论》(第6卷),北京大学出版社2008年版,第74页。

知的国家利益之间的一致性。

首先,研究国际法遵守理论是服务中国国家利益的需要。通过定性和定量的实证研究展示中国遵守国际法的实践,是塑造中国作为负责任大国的国际形象和国际声誉的重要路径。而以利益为基础的理性选择理论已经证明,声誉可以最终帮助国家在国际合作中获取长期收益。与此同时,依托国际法遵守的管理过程和跨国法律过程理论,实证分析中国在某些领域未能完全遵守国际法的原因(如国际法规范本身的模糊性、国家的政治经济条件限制等),有助于与国际社会建立互动和沟通的渠道。这一过程既是遵守国际法的过程,也是谋求问题解决的过程。更为重要的是,通过增加对国际法遵守理论发展的知识和经验输出,可以提升我国对国际法律规则的影响力。实际上,在国际法遵守理论方面的中国知识和经验输出并非一厢情愿之事,西方学者也认为国际法遵守理论的发展亟需中国经验。例如穆迈伦就认为,国际法遵守理论存在的以西方为中心的缺陷将影响该理论的内部和外部有效性。^[82]

其次,研究国际法遵守理论是中国法学研究特别是国际法学研究转型的需要。近年来,法学研究的转型问题得到中国法学界的格外关注,众多学者均主张中国法学研究应胸怀世界、扎根中国。“中国法学研究转型的指向、价值和生命力之所在,就是要借鉴和学习各国法学研究和法治实践的积极成果,关注和把握中国的法治国情,深入研究中国法治建设和法学发展中的重大理论与现实问题”。^[83]“应当注重法治话语的实在性和具体化……即便是对一般性原理或规则、规律的探求,也应当以中国社会作为实际场景,从而使相关的理论或知识成为‘对中国有用’或‘在中国有用’的智力成果”。^[84]立足中国遵守国际法的实践,借鉴、验证和修正国外已有的国际法遵守理论,在此基础上提出中国的国际法遵守理论,正是中国法学研究转型的一个组成部分。而在研究方法上,关注中国遵守国际法的实践也契合了国际法向实证研究转型的潮流。^[85]

最后,研究国际法遵守理论是国际法理论本身发展的需要。中国国际法研究尤其是理论研究仍处于相对“贫困”的状态,^[86]而改变此种理论的贫困,非一朝一夕之事。国际法理论大厦的构建需要国际法学者长期不懈地添砖加瓦——对具体国际法理论问题的逐一探索。国际法遵守问题作为连接国际法的制定、实施和效力的桥梁,几乎贯穿整个国际法的理论场域,该领域已积累的研究成果可显著增强中国国际法学的理论厚度,并有助于改变国际法学者与国家外交实践的疏离,促进理论与实践的互动。同时,国际法遵守理论的研究目标与构建中国国际法学话语体系的学术发展方向存在一致性。诚如有学者所

[82] Roda Mushkat, “International Legal Compliance as a Rational Act: Theoretical Extensions and Chinese Realities”, 20 *Transnational Law and Contemporary Problems* 633, 653–654 (2011).

[83] 李林:《2011年的法学研究》,《中国社会科学报》2011年12月27日,第10版。

[84] 顾培东:《当代中国法治话语体系的构建》,《法学研究》2012年第3期,第17页。

[85] Gregory Shaffer and Tom Ginsburg, “The Empirical Turn in International Legal Scholarship”, 106 *American Journal of International Law* 1 (2012); Susan D. Franck, “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, 48 *Virginia Journal of International Law* 767 (2007).

[86] 相关论述参见徐崇利:《“体系外国家心态”与中国国际法理论的贫困》,《政法论坛》2006年第5期;杨泽伟:《改革开放30年来中国国际法学的回顾与前瞻》,《外交评论》2008年第3期;何志鹏:《中国国际法研究反思》,《政法论坛》2010年第4期。

言,中国国际法话语体系应建立在对国际法合法性和权威性的认同,以及将国际法的利益内化为中国自身的利益的基础之上。^[87] 国际法遵守理论,尤其是以规范为基础的诸多理论观点,既旨在论证国际法律规则的合法性和权威性,也致力于探索将国际法内化为国家利益的有效路径,正合此需。

基于以上认识,笔者以为,我国对国际法遵守理论的研究目标应定位于谋求提升国际法律规则与我国国家利益的一致性,通过对国际法遵守理论的发展和我国遵守国际法情况的实证分析,界定和表达我国在具体领域的国家利益并促使其转化为国际法律规则。在具体研究层面,可以至少从以下三个方面入手:

第一,追踪国际法遵守理论的研究动态,批判性接受现有理论观点并洞察其研究趋势。这种工作恰也是构建当代中国国际法学话语体系的一个组成部分。^[88] 作为国际法遵守领域研究的后来者,我们首先应努力成为一个好的学习者。国外学者尤其是美国的国际法和国际关系学者已经在该领域积累了丰富的研究成果,为我们的研究提供了很好的起点。我们首先应当做的也许并不是另起炉灶,而是基于已有理论,提出假说,然后运用中国的实践来检验、修正和完善现有理论。

第二,从具体问题领域切入,从局部到整体,从微观到宏观地开展研究。基于前述对国际法遵守理论的述评,我们可以看到,影响国家遵守国际法的因素众多,且因国际法的碎片化,不同领域影响国际法遵守的因素又各具差异。现有的基于不同领域而进行的实证研究,其结论也具有较为明显的差异性。因此,谋求建立一个适用于整个国际法领域的统一国际法遵守理论恐怕目标过高,更具现实性和可操作性的路径是走一条从局部到整体、从微观到宏观的渐进式、过程式的实证研究路径。我国学者或可沿着三个方向考察我国的国际法遵守情况、困难和问题:缔结和加入条约情况、接受国际软法和国际习惯的情况;对条约、国际软法和国际习惯的程序性遵守情况,如报告机制和信息透明度机制的执行情况;对条约、国际软法和国际习惯的实体性遵守情况,包括国际法律义务的国内转化和实施情况。

第三,进行跨学科研究。国际法遵守理论具有先天的跨学科性,本身即是国际法学和国际关系学交叉研究的共同成果,且跨学科研究将继续是该理论研究的重要发展趋势。反观我国,长期以来国际法学和国际关系学两个学科之间基本处于一种隔离状态。^[89] 但所幸近年来我国学者已开始积极呼吁打破学科藩篱,推进两个学科的跨学科研究。^[90] 有

[87] 参见徐崇利:《“体系外国家心态”与中国国际法理论的贫困》,《政法论坛》2006年第5期。

[88] “当代中国国际法学的话语体系……必须准确、系统、全面表达和传递国际法的原则、规则、规章、制度、机制和本质特征以及国际法研究过程中逐步确立和发展起来的核心价值、基本概念、关键术语、主流的理论或学说、具有代表性的观点等基本要素……”曾令良:《中国国际法学话语体系的当代构建》,《中国社会科学》2011年第2期。

[89] 导致此种隔离的可能原因包括:教学上的长期分割、国际法学科本身的研究水平落后、学科间的狭隘偏见以及学者本身知识结构的局限。参见刘志云:《中国国际法学的繁荣之路——一种引入国际关系理论分析的路》,《武大国际法评论》第14卷第2期。

[90] 主要参见徐崇利:《“建构主义”国际关系理论与国际法》,《中国国际法年刊》2002/2003年合刊;徐崇利:《国际关系理论与国际法学之跨学科研究:历史与现状》,《世界政治与经济》2010年第11期;徐崇利:《构建国际法之“法理学”——国际法学与国际关系理论之学科交叉》,《比较法研究》2009年第4期;杨泽伟:《国际法析论(第二版)》,中国人民大学出版社2007年版;刘志云:《现代国际关系理论视野下的国际法》,法律出版社2006年版等。

学者更明确提出,知识和方法的学科整合,包括国际法与国际法关系的跨学科合作,是国内的国际法研究走出困境、实现理论繁荣的一条必经之路。^[91] 而以国际法遵守理论为切入点,是推进两个学科互动与交流的有效途径。^[92] 除国际关系学外,国际法学者还可进一步扩展跨学科的研究方法,借鉴社会学、经济学、心理学等学科的研究成果和研究方法来充实国际法遵守理论的研究。

[Abstract] The compliance theory of international law has become one of the most dynamic research fields in international law. The interest-based school and the norm-based school have posited and tested whether and how the factors of state interest, sanction, reputation, norm, state capacity and social situation influence a state's behavior relating to compliance with international law. Now the two theoretical schools tend to draw on ideas from each other, and the scope, subject, as well as method of research on the compliance theory of international law are expanding. Compared with that in western countries, the research on the compliance theory of international law by Chinese academic circle is still in its infancy. In order to serving national interests and to adapt to the changes of paradigm in legal research and the development of international legal theory, it is necessary to further strengthen the study on the compliance theory of international law, especially the empirical study based on China's compliance with international law.

(责任编辑:廖 凡)

[91] 参见刘志云,《中国国际法学的繁荣之路——一种引入国际关系理论分析的路》,《武大国际法评论》第14卷第2期。

[92] 参见杰弗里·L.丹诺夫、马克·A.波拉克著:《国际关系理论可以从国际法中学到什么?》,王彦志、方鹏飞编译,《国际关系与国际法》2013年第3卷。该文反思了国际关系与国际法两个学科在跨学科研究中的不对称性,探讨了国际法理论如何以不同方式帮助国际关系学者更好地分析国际法的制定、国际法的解释以及国际法的遵守和有效性。