

# 国际法的性质及作用：批判国际法学的反思

李 鸣<sup>\*</sup>

**摘 要** 从哈佛大学肯尼迪教授的一本新著切入,通过比较批判国际法学、实在国际法学和政策定向学,我们得以对“国际法的性质及作用”这一国际法学研究的基础性问题进行深切反思。国际法与政治密不可分,国际法存在不确定性。在国际斗争中,国际法是国际行为者自我解释或自我辩护的法律,解释者的立场和权力决定解释的结果及其有效性。国际法主要是实践问题,运用国际法的能力十分重要,国际法的语言和形式对于强者和弱者都有实践价值,形式的国际法对于维系国际行为者之间和平共存不可或缺。有必要坚持国际法学科自信,解放思想,不断释放思想潜能。思考是中国国际法学前进的动力。

**关键词** 批判国际法学 实在国际法学 政策定向学 中国国际法学

## 引 言

最近,我读了戴维·肯尼迪新作:《斗争的世界:法律、权力和技能如何塑造全球政治经济》<sup>〔1〕</sup>(以下简称“新书”)。新书在相当程度上继承了批判法学认知国际法的传统,并将其用于世界政治经济斗争场景,目的是说明法律在这一斗争中的作用。书中的法律是广义的,指各种及不同层级的规范性文件,无论是国内法或国际法,也无论是国内中央或地方立法,及其公法或私法抑或其分支例如刑法、贸易法等。它们都是法律在全球政治经济斗争中参与分配的链条,是作为一个法律整体发生作用的。这一作用带来的分配结果是赢者多得甚至通吃,输者

<sup>\*</sup> 北京大学法学院教授。

〔1〕 David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton: Princeton University Press, 2016.

少得乃至一无所获,而塑造和巩固这一结果的法律又为新一轮斗争设置了基线(Baseline)。〔2〕这样一种在全球政治经济斗争场景下关于法律分配作用的论断,是肯尼迪对批判法学作出的新的贡献。

这一论断给我的初步印象是能够合理解释鲜活案例,例如美国对中国高科技企业进入该国及全球市场的打压。美国之所以不遗余力利用法律来打压——无论是通过其国内刑事法律、知识产权法或进出口禁令等,还是通过其国内法“长臂管辖”勾连引渡条约,是因为法律能够“巩固自己的所得,将他人置于风险之下,或剥夺竞争者的竞争机会”。〔3〕深层次讲,你被认为动了他的奶酪。〔4〕

批判法学是上世纪七十年代从美国兴起的一种法学理论。它在国际法上的应用,主要应归功于肯尼迪和马尔蒂·科斯肯涅米(Martti Koskenniemi)。时至今日,不少学者加入了他们的行列,〔5〕批判国际法学已发展成为一种不可小觑的国际法理论,在西方尤其欧洲国际法学界影响巨大。新书凝聚了作者新的思考,并且汇集了批判国际法学一些基本观点和分析方法,对了解其理论和实践意义大有裨益。

批判国际法学(以下简称“批判法学”)的初衷比较复杂,但有一点可以肯定,这就是通过描述现实的国际法(International Law in Reality)包括其实际作用,来暴露或揭露它的阴暗面,所谓的“批判”应是此意。批判法学经常变换语境来定义国际法,例如,“国际法是政治”,〔6〕“国际法是国际法律论辩术”,〔7〕“国际法是国际法律话语”,〔8〕“国际法是国际法律技能”,〔9〕以至于容易使人眼花缭乱而不得其要领。因此,有必要做两点提示:第一,在“批判的对象”这一语境下,它所说的国际法就是指现实的国际法。这个意义上的国际法和它常说的“主流国际法”(Mainstream of International Law)同义。第二,批判法学看问题都是相对的和辩证的。例如,当它说“国际法是政治”时,它主要是站在决策者立场上来说的,并不等于它自己就认为国际法是政治。而当它说国际法是“论辩术”或“法律技能”时,它更多是说国际法专业人士包括它自身对国际法的认识。

我国的国际法学者对批判法学应有所耳闻,但多数似只闻其名不知其实,我本人也仅知一二。结合新书我又重读了科斯肯涅米等人的著述,对批判法学究竟为何有了进一步理解,本文将

〔2〕 Ibid., p.171.

〔3〕 David Kennedy, supra note 1, p. 11.

〔4〕 David Kennedy, supra note 1, pp. 176—188.

〔5〕 See Anne Orford, Florian Hoffmann (eds.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016;肯尼迪的学生安东尼·安吉(Antony Anghie)还在批判国际法学下发展了“第三世界国际法”理论,See Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

〔6〕 Martti Koskenniemi, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1, 1990, pp. 4—32.

〔7〕 See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (reissue with new epilogue)*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

〔8〕 Ibid.

〔9〕 See David Kennedy, supra note 1.

分享我的收获。但本文将结合中国国际法学的现状和发展来看这些收获,以便更具现实意义。

为此,比较研究不可缺少。实在国际法学(以下简称“实在法学”)是国内盛行的国际法理论,也是世界范围内认知国际法的基本方法,因此,任何涉及中国国际法学的讨论都无法与之分离。批判法学和实在法学是比较的对象。但我又加上政策定向学。政策定向学是一种影响较大的国际法理论,尤其在美国;它产生于上世纪四十年代,算得上国际法理论中的“元老”。政策定向学与实在法学尤其批判法学的关系若即若离,拉它入伙有助于澄清这些关系,深化对实在法学和批判法学的认识。<sup>[10]</sup> 在比较过程中,批判法学是一条串联线,它串联其他两者,包括串联中国的国际法学。一定的比较之所以必需,是因为比较本身就是一种分析的力量,没有比较就没有鉴别。

然而,无论是了解批判法学还是进行比较,均非本文的目的。本文旨在通过这些方式,促进我们的国际法学者对国际法性质和作用的深入理解,进一步思考如何发展中国的国际法学。

## 一、国际法不是纯粹的法律

我先从中国国际法学谈起。伴随着改革开放,国际法学在我国焕发了青春。国际法成为法学院系必修课,一些大学还设置了国际法本科专业,国际法研究机构和专业团体也纷纷建立。原因很简单:改革开放需要与外国打交道,而国际交往与合作又需要遵循国际规则,学习、研究和运用国际法成为必须和急需。

然而,焕发青春的是实在法学眼中的国际法或实在国际法,实在国际法被理所当然认为是国际法,反之亦然。因此,国际法教材基本采用实在国际法模式。国际法教学强调国际法的法律性或者说规范性,国际法渊源是重中之重。如何识别法律规则,解释和阐明法律规则及其适用范围,并以三段论方式得出合法或非法的结论,成为教学的主要甚至全部内容。简言之,既然国际法是法律,那么,法律就是法律,与政治或其他领域无涉。这种模式连同《奥本海国际法》、<sup>[11]</sup>布朗利《国际法》、<sup>[12]</sup>菲德罗斯《国际法》、<sup>[13]</sup>阿库斯特《国际法》<sup>[14]</sup>等国际法经典著作,深刻影响一代又一代国际法的学生、教师、研究者乃至实务工作者,并进而深刻影响他们的

[10] 当然,一般国际法理论不止这些。《美国国际法杂志》曾邀请七种国际法“方法”(Method)的代表参加讨论,这些方法有:实证主义(Positivism)、政策定向学(Policy-oriented Jurisprudence)、国际法律过程(International Legal Process)、批判法学(Critical Legal Studies)、国际法和国际关系(International Law and International Relations)、女权主义法学(Feminist Jurisprudence)、法律经济学(Law and Economics)。Bruno Simma, Andreas L. Panlus, Mary Ellen O'Connell, Martti Koskenniemi, Kenneth W. Abbott, Hilary Charlesworth, "Symposium on Method in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2, 1999, pp. 291-423.

[11] (英)劳特派特修订:《奥本海国际法》(第八版),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版。

[12] James Crawford, *Brownlie's Principle of Public International Law* (7th Edition), Oxford: Oxford University Press, 2008.

[13] (奥)菲德罗斯等著:《国际法》,李浩培译,商务印书馆1981年版。

[14] (英)M.阿库斯特著:《现代国际法概论》,汪暄等译,中国社会科学出版社1981年版。

学习、教学、研究和实践。这种状况从改革开放之初一直延续至今。

导致这种情况的因素明显有三个：一是历史和社会的。改革开放之前政治运动经历，强化了人民对于法治的渴望，而实在法学切割国际法与政治的做法与之高度契合。二是学科划分。国际法是法学下属学科，应该作为法律来教，而政治等等是其他学科的事情。三是实在国际法作为正统国际法认识在世界范围的影响力。这种影响力在上世纪八十年代之前应该更强。科斯基涅米曾说，他的国际法启蒙就是从实在国际法开始的。<sup>〔15〕</sup>

其实，我们并非不知国际法与政治的联系。上世纪八十年代初我还是一名国际法本科生时，曾亲耳聆听中国现代著名国际法学家陈体强在北京大学的一次讲座。他语重心长告诫道：“国际法主要是大国意志的体现”。陈教授因精于国际法承认问题而享有盛誉。<sup>〔16〕</sup>他还担任过外交部法律顾问，具有丰富的国际法实践经验。不幸的是，这次讲座之后不久他便驾鹤西去。这句话应该是他国际法生涯的一个重要总结，表明了他对国际法实质的认知。“国际法主要是大国意志的体现”，也早已引起我们的共鸣。无人否认它是事实。

但遗憾的是，这一共鸣缺少追问：这句话是在什么语境下说的？它主要是从谁的视角来说的？大国意志的国际法和我们所讲授的国际法是什么关系？大国意志的国际法对谁更有用，用处何在？大国意志的国际法是否能为小国所用，如果能用怎么用？它是否可以大小国家共用，如果可以如何共用？缺少不断递进的追问，我们对国际法的认识自然而然就简单化了：国际法是法律，而法律就是法律，一如凯尔逊所说的“纯粹的法律”。<sup>〔17〕</sup>

实践早已说明，中国的国际法实务工作者非常清楚法律与政治的密切联系。这种联系稍加提炼就可以说是：法律是政治的形式，政治是法律的实质，国际法是主权者捍卫自己利益和价值的工具。早在1954年即中华人民共和国成立的第五年，中国就与印度、缅甸共同倡导了和平共处五项原则（“五项原则”），首先从形式上建构了自己的国际法话语。五项原则在中外法律文件尤其双边文件中广泛和反复使用，<sup>〔18〕</sup>已成为世界范围内有影响力的国际法话语。更重要的是，五项原则连同《联合国宪章》宗旨和原则，不仅一直是中国对外交往与合作的工具，而且始终是捍卫自己利益和价值的武器。反对台独、藏独和疆独，与西方在人权领域的斗争，维护国家海洋权益等，无一不是证据。中国的国际法实践表明，我们的国际法学与国际斗争的现实需要存在差距，理论与实践有所脱节。

国际法和政治的联系是一个事实。批判法学从起步时就公开承认这一事实，它甚至直白

〔15〕 Martti Koskenniemi, “Style as Method: Letter to the Editors of the Symposium”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 2, 1999, p. 354.

〔16〕 Ti-Chiang Chen, *The International Law of Recognition*, edited by L. C. Green, London: Steven and Sons, 1951.

〔17〕 See Hans Kelsen, *The Principle of International Law*, New York: Rinehart & Company, 1952; 中文版参见(美)汉斯·凯尔逊：《国际法原理》，王铁崖译，华夏出版社1989年版。

〔18〕 根据王铁崖的统计，自和平共处五项原则提出以来，至少有200份国际文件将其纳入其中，参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第232页。See also Chen Tiquang, “The People’s Republic of China and International Law”, *The Dalhousie Law Journal*, Vol. 8, No. 3, 1984, pp. 3-31.

道：“国际法是政治”。〔19〕政策定向学同样公开承认这个事实。它本身就是冷战的产物，是为对抗苏联东欧社会主义阵营及其政治意识形态而提出的一种国际法理论。〔20〕它将法律视为权威性与权力的有效性相结合的以政策目标为导向（政策定向）的选择过程，终极目的是“人类尊严”。〔21〕

然而，批判法学是立足于国际法的事实在讲政治。它讲政治是为了批判现实的国际法，〔22〕是为了揭露其政治的实质，并且它是站在法律专业人士的立场上，更加关注法律对政治的作用。而政策定向学采用决策者的视角，旨在阐明现实的国际法及其目的性，并且更加重视政治对法律的作用。因此，在讲政治这一点上，批判法学与政策定向学存在着本质的不同。

批判法学的法律专业人士立场，让它不仅看到法律对政治的多重实践意义，而且看到法律与政治关系的深层意涵。这些深层意涵通过“国际法是政治”一语不断得到释放。科斯肯涅米认为，政治对法律重要性的话题还有潜力可挖，〔23〕他继续就这个话题展开叙事：国际法是国际法律论辩术，而论辩常常需要有人拍板定案，如何定案则与双方的辩词水平无关，因为区分“庸俗与高雅的艺术品”，取决于买家的“品味和爱好”，而这些纯属主观性的偏好已经超出了法律的范围，它预先决定了选择的结果。〔24〕“（国际法）体系事实上偏好某些结果和分配方案”。〔25〕它是一种“结构性的偏见”，并且“在机构背景下总是存在这种偏见，即一个拥有多种强制手段的特殊群体，对规则以及机构应如何解释和适用规则有着共同的认识。”〔26〕

这些话有些令人费解，我的理解是：他是说国际法本身（结构上）存在着问题（即国际法事实上的不平等），这些问题在国际机构（例如国际货币基金组织）中又必然导致其决策者产生主观倾向性（偏见），而正是这种偏见最终决定了选择的结果。也正是在这个意义上，科斯肯涅米才说决策者的立场预先决定了选择的结果，才说选择的结果超出了法律的范围。〔27〕

如果我没有误读，“国际法是政治”讲的是政治为国际法的原因，不是国际法等于政治。这种对法律与政治关系的认识，显然并非“国际法是政治”字面上所能理解的，它需要从批判法学

〔19〕 See Martti Koskenniemi, *supra* note 6.

〔20〕 Iain Scobbie, “Wicked Heresies or Legitimate Perspectives? Theory and International Law”, in Malcolm Evans (ed.), *International Law* (3rd Edition), Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 70.

〔21〕 See Myres McDugal, Harold Lasswell, Michael Reisman, “Theories About International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, in Myres S. McDougal, W. Michael Reisman (eds.), *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, The Foundation Press, 1981, pp. 43—141; see Harold Lasswell, Myres McDougal (eds.), *Jurisprudence for a Free Society: Study in Law, Science and Policy*, Martinus Nijhoff, 1992.

〔22〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 6, pp. 10—11.

〔23〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 7, p. 600.

〔24〕 Emmanuelle Jouannet, “Martti Koskenniemi: A Critical Introduction”, in Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 27.

〔25〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 7, pp. 606—607.

〔26〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 7, p. 608.

〔27〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 7, pp. 606—614.

的真实意图包括它自己对国际法的认识才能读出。在我看来,其真实意图是有必要区分法律和政治,因为只有区分两者才能说明法律对政治的重要性,才能进一步站在专业立场上来定义国际法,才有可能说国际法是论辩术、法律话语、法律技能和法律形式。<sup>[28]</sup> 批判法学的确想得更深,甚至可谓“老谋深算”。它用“国际法是政治”这一“伪命题”,将政治充作说明法律重要性的手段,有效区分了法律与政治。

但科斯肯涅米所说的决策者预设的立场是谁的立场,具体是指什么? 我们不禁发问。由于这一立场来自于国际法事实上的不平等,考虑到近代以来西方在力量对比上的优势,它应该是西方国家的立场,精确地讲,应该是基于西方中心的国际法立场。这一点得到科斯肯涅米的证实。他在《国家的温柔教化者:国际法的兴衰 1870—1960》(以下简称“《温柔的教化者》”)一书明确到,国际法是欧洲殖民者通过“船坚炮利”向世界各地输出欧洲文明包括现代化和自由主义思想的“教化者”。<sup>[29]</sup> 因此可以说,上述决策者预设的立场,就是这种“教化者”的立场;这一立场从价值观上讲,就是西方主流意义上的自由主义;进一步讲,这种自由主义是左右(国际)机构国际法决策的外部 and 终极推手之一。

自由主义概念的介入导致了批判法学与大多数自由主义信奉者之间的对立。因为对于后者来说,西式的民主和人权肯定是应有之义,而这些正是批判法学揭露的对象——“讲人性的都是在欺骗”。<sup>[30]</sup> 批判法学一方面似乎有意识地卷入了政治意识形态的风口浪尖,另一方面又好像因此占据了道德的制高点。因为它不是犬儒主义,它只不过信奉不同的价值,而无论其标签为何。这种价值是什么? 一位与批判法学关系密切的国际法学者道出了实情:道德在国内和国际层面断开。<sup>[31]</sup> 政府能够在国际层面上不受国内道德羁绊,“在战争中谋杀数以百万的人类,容忍压迫、饥饿、疾病和贫穷,容忍人类的残暴和受难,容忍人类的悲惨和毫无尊严”。<sup>[32]</sup> 他在说谁不言而喻。他说的意思联系到批判法学至少科斯肯涅米所信奉的价值,似乎可以理解为“善”,<sup>[33]</sup>或“正义”。<sup>[34]</sup> “国际法是政治”一语通过批判法学对国际法的现实和历史的揭示,获得新的更深层次的意涵。

[28] 参见本文第二至第四部分。

[29] See Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

[30] 这是卡尔·施密特(Carl Schmitt)的原话, Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, translated by G Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 1996, p. 54. 科斯肯涅米援引了施密特的这个观点, Martti Koskenniemi, *supra* note 29, p. 432.

[31] Philip Allott, *Eunomia*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 244.

[32] *Ibid.*, p. 248.

[33] Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p. viii.

[34] 科斯肯涅米说:“国际法是对即将到来的正义的承诺”。See Martti Koskenniemi, “What is International Law for”, in Malcolm Evans (ed.), *International Law (Third Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 57; 中译参见(芬)马尔蒂·科斯肯涅米著,“国际法的目的是什么?”,陈一峰译,《北大国际法与比较法评论》2013年第11卷,第101页。但无论是“善”或“正义”,都需要进一步解释。这说明科斯肯涅米不愿暴露其真实的终极价值,以免招致无谓的责难。

就法律对政治的多重实践意义而言,批判法学发表了许多独到和精辟的见解。肯尼迪在书中说,“权力塑造法律并为法律所塑造”;〔35〕“法律为权力披上合法外衣,它使权力获得正当性,权力变成权利,权力和暴力获得授权”。〔36〕 科斯肯涅米说,国际法是强者的法律,“国际法存在维护了世界上那些居于主导地位的人和机构所追求的价值、利益和偏好”。〔37〕

我感觉,在批判法学眼里,法律有什么用和哪些用,似乎要比法律是什么更重要。新书主要是在讲这一重要性的故事。肯尼迪讲得很精彩,法律分配(全球政治经济)斗争结果一说,很容易引起我的共鸣。专属经济区和大陆架制度不就是国家长期讨价还价斗争的结果吗?其最大的受益者不正是海洋国家吗?这些制度甚至可以说是海洋国家尤其海洋大国的盛宴。而法律巩固了它们的所得,利益转换成了权利,变成法律授权的合法利益。塑造和巩固这一结果的法律又引发了对其如何适用的新一轮斗争,并为这一斗争设置了基线。南海争端即为明显一例。

外层空间法也是一个例子。谁最支持外空自由化,当然是有能力向外空发射物体的国家及其伙伴。考虑到美、苏是卫星上天最早的国家及当时各自庞大的阵营,不难想象谁支持外空自由化原则以及谁是它的赢家。如果再伴随着对科技进步的崇拜(表现为诸如“人类征服宇宙的伟大创举”的口号),该原则成为外空国际法原则不足为奇。法律授权的外空自由化现已成为常态。在合法的旗号下,科学技术不仅能造福于人类,还能成为政治权力监视他人、窥探隐私甚至清除异端之工具。科技不仅是科技,还是重要的权力,科技与法律的结合,导致强者恒强。〔38〕 肯尼迪从一个侧面再次说明了法律对政治的实践意义。如果继续思考,我们还能发现其隐含的有意义的话题,甚至还能释放这些话题的潜力。

无论批判法学或政策定向学,讲的都是斗争的国际法,而实在法学是讲合作的国际法,〔39〕与它们的语境不同。实在法学相信国家组成的国际社会有着共同利益。国际社会共同利益特别是共同的经济利益,构成国际法存在的理由和追求的目的。〔40〕 由于共同利益要求国家相互合作,合作又需要承诺和信守承诺,实在国际法成为必需。〔41〕 实在法学的逻辑是:哪里有国家哪里就有国际社会,哪里有国际社会哪里就有国际合作,哪里有国际合作哪里就有合作的承诺,哪里有合作的承诺哪里就有国际义务的承诺和必须信守承诺。缩写为《奥本

〔35〕 David Kennedy, *supra* note 1, pp. 122,154,176.

〔36〕 David Kennedy, *supra* note 1, p. 258.

〔37〕 Martti Koskeniemi, *supra* note 34, p. 55.

〔38〕 这是我引申的意义。法律与科技的关系应是一种重要的视角。在法律与科技话题下,应能够探讨许多跨学科的国际法问题。

〔39〕 See Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London: Steven and Sons, 1964.

〔40〕 See Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 1, Peace (first edition), London and New York: Longmans, Green and Co., 1905, pp. 11—12.

〔41〕 Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 476; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 270.

海国际法》的名言就是：“哪里有社会，哪里就有法律”。〔42〕

但“为什么是和谐而不是冲突？”〔43〕批判法学反问道。斗争是批判法学的出发点和分析的主线。由于它要描述法律现实并揭露现实法律的阴影——不平等、不正义，其逻辑与实在法学完全不同；哪里有人际交往，哪里就有斗争，哪里有斗争哪里就有现实的法律，哪里有现实的法律哪里就有法律的阴影，哪里有法律的阴影哪里就有法律阴影的曝光。

批判法学不仅讲现实主义，还讲实用主义和工具主义，实际上它还讲法律形式主义。〔44〕如果将这些“主义”归纳为一个公式，其逻辑就是：法律来自于权力又包装权力并对权力有用并且用处很大很多。

政策定向学和批判法学的现实主义，表现在它们都承认强者是法律选择的终局裁判，〔45〕都认为强者的法律将优先服务于强者的偏好。但两者的工具主义有实质的不同。政策定向学更适合为强者所用，因为它强调权力的有效性对于法律的不可或缺。而批判法学更强调“工具”的中立性。在它看来，国际法谁都可以用，强者的国际法可以为强弱双方所用，国际法作为政治工具对谁都有用。〔46〕

实在法学也是工具主义的理论，但它是在合作语境下的工具主义，这一点与批判法学和政策定向学的工具主义明显不一或不尽一致。实在法学为国际合作服务更合格，因为合作需要朋友、友爱、团结、人道，需要和谐、求同存异、追求共同利益，因而需要规则和约定必须遵守。而斗争则需要敌人、欺骗、暴力、同盟，需要论辩和利用法律，并且需要揭露法律掩盖的欺骗和暴力，揭露其背后的政治经济权力。这正是批判法学所长。由于斗争是要讲实力的，政策定向学也有其不可替代的作用。

本文写作时正值新冠疫情在全球爆发，国外随之出现不少种族主义言论。这种言论不仅严重违反国际法，〔47〕而且为人类一般道德所不齿。但关键是，为什么这种言论还能在光天化日之下大行其道？斗争哲学可谓一语中的。当你被视为敌人时，他们就会用对待敌人的方式来对待你，撒谎、欺骗、造谣等无奇不用（这些还是轻的）。他们之所以敢用，除了恃强凌弱，还有阿洛特所说的不受国内道德羁绊（但这一次其国内道德也出现分裂）。〔48〕在激烈的国际斗争情形下，实在国际法的弱点暴露无遗，合作的国际法难以适用于斗争的场景。斗争必须采用斗争的方式，必须掌握和运用斗争的国际法。

〔42〕 《奥本海国际法》中译本第八版，见前注〔11〕，第7—10页。也有学者不承认国家组成的国际社会的存在，例如阿洛特就主张国际上是有国家无社会，并自创了一个词称这种情况为“国际无社会”（international unsociety）。See Philip Allot, *supra* note 31, p. 243.

〔43〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 7, p. 612.

〔44〕 参见本文第四部分。

〔45〕 参见本文第三部分。

〔46〕 参见本文第四部分。

〔47〕 按照《消除一切形式种族歧视国际公约》第四条（子）项的规定，缔约国“应宣告凡传播以种族优越或仇恨为根据的思想，煽动种族歧视……概为犯罪行为，依法惩处”。

〔48〕 Philip Allot, *supra* note 31, p. 244.

谈到这里,我们应大致了解到批判法学的独特而深刻的国际法认知。这种认知不仅使国际法与政治的联系得到进一步证明,而且使它与实在法学和政策定向学的关系变得清晰。

以前,我对批判法学所要描述和揭露的主流国际法认识模糊,因为无论是实在国际法还是政策定向国际法,都显得似是而非。一方面,两者都强调实践对于国际法构成的不可或缺,政策定向国际法似乎流淌着实在国际法的血脉。另一方面,政策定向学又拒绝承认形式的国际法或“书本上的法”为国际法,它眼中的国际法只有现实的国际法或“行动中的法”;它还反对实在法学的目的不明或中庸,因而为国际法添加了具有浓厚政治色彩的近期目标(政策)和终极目的(人类尊严),两者又显得水火不容。

现在明白:主流国际法是披着实在国际法外衣的政策定向国际法。政策定向学不仅将实在法学视为“敌人”,还视为掩护自己的“战友”。它对实在法学又“恨”又“爱”。而对此,实在法学要么毫无意识,要么有所警觉,要么心知肚明。

批判法学与政策定向学的关系也曾迷惑我。一方面,政治、权力、利益、价值是批判国际法常用词汇,其身上不时闪烁政策定向学的光影。另一方面,批判法学的靶子明显就是政策定向学。现在谜团解开。政策定向学既是批判法学的靶子还是其打靶的武器,因为它使后者认清了国际法的实质。难怪这些年它有复苏迹象。谈到这里,我想起政策定向学现任掌门人瑞斯曼(M. Reisman)的一句话。我问他如何看待批判法学,答曰:“我们的结束是他们的开始。”此话耐人寻味。

最后,我想深化一下政策定向学与批判法学的三点差异。其一,政策定向学所说的决策者主要是各国政府,而批判法学所述决策者主要是国际机构中从事国际法实践的人员,肯定包括法官、检察官等职业法律人以及“客串”的仲裁员。其二,政策定向学将人类尊严作为决策一锤定音的终极标准,而批判法学偏要揭开其“高大上”的面纱。其三,尽管政策定向学和批判法学都强调主观性对法律决策的决定作用,但前者是在法律范围内讨论问题的,法律决策是一个目的定向的过程,决策的结果包含对目的本身的认识;而批判法学所说的主观性已经超越了法律,它直指决策者的立场。

批判法学的启发是多方面、深刻的。就法律与政治的联系而言,它使人们更加清楚认识到,现实并不严格区分法律、政治、经济乃至道德或其他,它们共生于同一社会土壤,都有程度不同的互动。纯粹的法律一旦接触现实社会就变得不纯粹了,现实中没有纯粹的法律。国际法作为事实上不平等的主权国家之间的法律,更不是纯粹的法律。

## 二、国际法的不确定性:批判法学转向

批判法学将自己定位于职业法律人,因此无论如何它都必须直面回答什么是国际法这一国际法的首要问题。而“国际法是国际法律论辩术”就是它的回答。这是它从国际法职业及其

实践的角度作出的回答,是对国际法实务工作者的回答。<sup>[49]</sup>但它为什么这样说呢?下面讨论这个问题。

“论辩术”一说起源于国际法的矛盾性和由此产生的国际法的不确定性。这两个问题更早是由政策定向学提出的。政策定向学认为,法律原则、规则存在着对立性。也就是说,你用一个原则或规则来指控我,我就用另一个原则或规则,或你的原则或规则的例外来对抗你,反之亦然。因此,什么是法必须具体情况具体分析才能确定,国际法是一种语境法。由于情况是在不断变化,国际法也随之变化,因此,法律是一个动态的过程而非静态的规则总体,国际法是不确定的;由于情况总是在变化,法律的不确定性是绝对的;而法律又要求最低限度的有效性,“书本上的法”要与“行动中的法”大体吻合,因此,拥有更多替代性资源的权力最终决定并且能够按照其政策目标来决定语境国际法的结果,这一结果即为并称为“规范”(Norm)。<sup>[50]</sup>

该说的好像都被政策定向学说了。但批判法学并不满足于此,它继续挖潜法律的不确定性。科斯肯涅米将目光转向语言学。他的语言学老师是法国的结构主义。<sup>[51]</sup>语言存在着对立统一的两极。通俗地讲,这是指真与假、善与恶、好与坏、美与丑等语言现象。这些词语不仅含义对立,而且相互依存。没有真就没有假,离开善就谈不上恶,不分出好哪来的坏。

科斯肯涅米将语言学这一发现运用于国际法。国际法的学说、概念、原则、规则等,无一不存在“事实/规范”“是/应当是”或“具体性/规范性”的对立两极。正是这一发现,使国际法原则、规则的对立性得到合理解释——这种对立性乃语言本身的二元对立结构所造成的。解开法律矛盾性谜团后,科斯肯涅米又轻松揭开了法律不确定性的面纱。他通过对学说以及主权、渊源、习惯等概念和国际法院案例的分析,确认了国际法在具体情况下摇摆不定的事实,并最终得出结论:语言的对立两极是导致国际法摇摆不定的根源,它使得国际法左右摇摆——要么摆向事实,要么摆向规范;要么摆向是,要么摆向应当是。识别法律规则的方法也不能幸免。它要么摆向一般实践,要么摆向法律确信。习惯国际法或国际法(不少人并不区分)的不确定性由此而生。<sup>[52]</sup>

[49] David Kennedy, *supra* note 1, Chapter 4 & Chapter 5.

[50] Myres S. McDougal, W. Michael Reisman, “The Prescribing Function in the World Constitutive Process: How International Law is Made”, in Myres S. McDougal, W. Michael Reisman (eds.), *International Law Essays: A Supplement to International Law in Contemporary Perspective*, The Foundation Press, 1981, p. 371. 在《国际法:领悟与建构》中文版发行仪式上,王贵国和我曾就法律的不确定性请教过瑞斯曼,他斩钉截铁回答“不确定性是绝对的”。我“领悟”了他的意思:人不能跳进同一条河流。所以,谁都不要和政策定向学辩论此问题,否则必输无疑。

[51] 科斯肯涅米多次提及法国结构主义对其学术思想的影响。See Martti Koskeniemi, “What is Critical Research in International Law: Celebrating Structuralism”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29, Iss. 3, 2016, pp. 727–735.

[52] 国际法的摇摆不定说较早是由美国国际法学者柯蒂斯在习惯法的证明问题上提出的, See Frederic L. Kirgis, “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1, 1987, pp. 146–151.

国际法的不确定性又导致在国际法的法律性或规范性之处出现模糊地带，即出现许多似是而非的法律规则。严格的法律规范性被稀释，<sup>〔53〕</sup>无论是谁都能掌握支持自己的（国际法）资料或证据，都能拿国际法说事；而他们说的又都是自己认为的国际法，并且还常常各执一词，套用中国土话就是“公说公有理，婆说婆有理”，于是，国际法变成了一种论辩术。到国际机构讲理也是一样，何况还要考虑并接受法律以外主观偏见定夺的结果。

科斯肯涅米对国际法不确定性的解释完全成立。与国内法不同，在国际法上，如何找法特别是辨认法律，一直是对国际法职业界最富有挑战性的难题。<sup>〔54〕</sup>以习惯国际法的识别为例，一般实践加上法律确信在语境下如何解释和运用，国际法界争论了几十年。<sup>〔55〕</sup>什么是实践？<sup>〔56〕</sup>实践的一般性如何确定？<sup>〔57〕</sup>什么又是法律确信？<sup>〔58〕</sup>法律确信是心理状态还是要明说出来？<sup>〔59〕</sup>如何区分一般实践和法律确信？<sup>〔60〕</sup>它们是一回事还是两码事？<sup>〔61〕</sup>如何平

〔53〕 See Prosper Weil, "Towards Relative Normativity of International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 77, No. 3, 1983, pp. 413-442.

〔54〕 Robert Y. Jennings, "The Identification of International Law", in Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, London: Stevens & Sons Ltd, 1982, p. 8.

〔55〕 较早挑起争论的是郑斌的一篇文章, Bin Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, Vol. 5, 1965, pp. 23-48, reproduced in Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, London: Stevens & Sons Ltd, 1982, pp. 237-262.

〔56〕 例如, 沃夫卡认为“实践”是实际的行为, Karol Wolfke, *Custom in Present International Law* (2nd revised edition), Martinus Nijhoff, 1993, pp. 41-43; 达玛图说“实践”是实际的行为加上条约, Anthony D'Amato, *Concept of Custom in International Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1971, pp. 87-91; 阿库斯特说“实践”是实际行为的承诺, Michael Akehurst, "Custom as Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, No. 1, 1975, pp. 1-8.

〔57〕 布莱尔利说“一般实践”的“一般”就是指一般, J.L. Brierly, *The Law of Nations* (6th edition), edited by H. Waldock, Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 60. 因此, 实践的“一般性”是抽象的概念, 需要具体情况具体分析, 并且取决于谁来解释。

〔58〕 法律确信通常被认为是法律义务感, 但劳特派特说这有矛盾, 相当于习惯法等于法律义务, 因此, 法律确信不一定是法律义务感, 它可以是法律义务感之外的其他义务感或其混合物, H. Lauterpacht, *International Law-Being the Collected Papers of H. Lauterpacht*, edited by E. Lauterpacht, Cambridge: Cambridge University Press, Vol. 1, Part 1, 2009, pp. 63-67.

〔59〕 阿库斯特认为, 在习惯法的形成过程中“重要的是陈述(Statements)而不是确信(Beliefs)”, 法律义务感需要公开表达, Akehurst, *supra* note 56, pp. 35-37. 肯尼迪书中所说的“论辩是主张和说服的公开表达”似与此有关。

〔60〕 对这个问题无人提出令人信服的区分标准, 因为实践是 is, 而法律确信是 ought, 两者无法调和。

〔61〕 例如拉克斯说法律确信是一般实践的证据, Manfred Lachs, *The Development and General Trend of International Law in Our Time*, The Hague: *Recueil des Cours*, Vol. 151, 1980, p. 176. 但郑斌说一般实践是法律确信的证据, Bin Cheng, *supra* note 55, pp. 250-251.

衡两要素?〔62〕一个要素就足够或必须凑齐两要素?〔63〕谜团很多,几十年争论下来几乎无功而返。尽管国际法委员会指定专人研究这个问题,〔64〕但似乎无人相信会有多大意义,研究结果充其量是一个相关指南。〔65〕识别工具有问题,国际法圈内几乎无人不知。

然而,也几乎无人会想到问题出在语言本身。科斯肯涅米的高明之处就在于此。他对于法律矛盾性和不确定性的创造性解释,着实技高一筹,令人佩服和信服。

那么,条约呢?〔66〕的确,条约规则同样是规范性规则。条约是义务渊源还是法律渊源有争论,〔67〕这里忽略不计,重点是条约规则如何体现法律的不确定性。我曾经怀疑批判法学所说的法律不确定性,是来自于法律规则包括条约规则赖以存在的语言的开放性。其实并非如此。批判法学只承认语言有限的开放性。在它看来,不像文学语言,法律语言具有锁定意涵的功能。〔68〕但这有什么问题,实在法学不也承认法律语言的开放性?〔69〕语言有限的开放性意味着法律的不确定性是有限的或相对的,或在一定时空条件下法律具有确定性和预见性。〔70〕否则,为什么要花大力气来制定条约的解释规则?制定条约解释规则,意味着相信条约解释争议可以通过语言的阐明予以解决。

批判法学眼中的法律不确定性,表现在条约规则上是用(条约)规则的理由对抗规则本身而导致的规则不确定性。〔71〕具体而言,你说规则,他就说规则的目的,由于目的都是自我解释的,而且没有优先顺序,其结果就是规则的左右摇摆或不确定性。〔72〕

〔62〕 在柯蒂斯看来,国际法院在审理涉及利益的案件时会偏向考虑一般实践,在审理涉及道德案件时会偏向法律确信, Frederic L. Kirgis, *supra* note 52, pp. 146—151.

〔63〕 郑斌认为,“哪里有‘法律确信’,哪里就有习惯国际法。”See Bin Cheng, *supra* note 55, p. 249; 沙赫特持与之相对观点, Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff, 1991, p. 88.

〔64〕 参见特别报告员伍德的“关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告”(中英文版),联合国大会文件, A/CN.4/663; 以及“关于习惯国际法的识别的第二次报告”(中英文版), A/ CN.4/672。第一次报告的第十一部分清楚表明,围绕着习惯国际法的两要素,分歧依然严重。

〔65〕 这是由该专题的目的所决定的,“其目的特别包括向那些无论以何种身份被要求确定习惯国际法规则的人提供实际指导,尤其是帮助那些不一定在一般的国际公法领域具备专门知识的人”。Ibid., para. 12, II. Scope and outcome of the topic, A/ CN.4/672.

〔66〕 阿洛特有一种观点很独特也值得进一步思考。他认为,正是因为不一致才需要(条约)这一书面形式。Philip Allot, “The Concept of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 43.

〔67〕 James Crawford, *supra* note 12, p. 513.

〔68〕 Iain Scobbie, *supra* note 20, p. 69.

〔69〕 See H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd Edition), Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 128.

〔70〕 我曾当面请教肯尼迪国际法的确定性问题,他回答说国际法具有相对确定性。他是自洽的,因为只有承认国际法的相对确定性,才能说国际法具有巩固分配所得的作用。

〔71〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 34, p. 47.

〔72〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 34, p. 47.

国际法实践的确不乏这样的例子。国际法院在“核试验”一案中就是用了以规则理由对抗规则的方法,并以此打掉了澳大利亚就“法国在南太平洋上空进行大气层核试验是否违反国际法”的诉求,尽管这一诉求完全符合法院的宣告性判决所要求的标准公式,文字再清楚不过。<sup>[73]</sup> 在“波黑诉塞黑”一案中,针对波黑对塞黑违反 1948 年禁止灭种公约的指控,国际法院同样是根据公约“文明”“人道”的目的,认定塞黑作为缔约国本身承担了不得从事灭种行为的义务,而完全不论公约的历史、<sup>[74]</sup>文字、或权威学者的解释。<sup>[75]</sup> 按照这种综合解释,公约旨在使缔约国承担防止和惩治其境内个人灭种行为的义务,以及起诉或引渡嫌犯的义务。

实际上,这两个案件还说明了目的与目的之间的对立及其结果。在“核试验”案中,澳大利亚通过其诉讼请求及官方各种表态,明确无误地告诉法院“我来讨个公道”,法院只是不睬而已。但不睬要给出理由,毕竟是国际法院。因此,经过推理,法院自我解释了一个澳大利亚诉求的目的,并以此取代了澳大利亚寻求法院救济的目的之一(它还请求法院命令法国立即停止核试验)。在“波黑诉塞黑”一案中,关于禁止灭种公约同样存在目的之间的对立,法院实则发挥了司法的能动性,重新解释了公约的目的。

就条约而言,法律不确定性的推手——法律推理本身,并不违背条约解释规则。条约解释规则本身就是文字、目的、上下文、嗣后实践等因素的混合体,这些因素同样缺乏优先顺序排列。因此,规则再清楚,总有可乘之机。

批判法学关于国际法目的的对立导致的国际法不确定性的分析,来自于科斯肯涅米的一个重要观点,即国际法的目的都是自我解释的,国际法没有共同目的,国际法的目的就在于国际法自身。<sup>[76]</sup> 这个观点有创意。无论是摩根索还是郑斌,都强调过国际法的自我解释性质,但都将这种性质归结于国际法中央机关的阙如。<sup>[77]</sup> 政策定向学倾向于目的解释,也强调解释者及其偏好的重要性,但并未意识到这种自我解释所隐含的意义,不仅如此,它还坚持人类尊严是国际法的共同目的。<sup>[78]</sup> 科斯肯涅米显然是剑走偏锋。他甚至在此基础上又进了一

[73] Supra note 41, p. 270.

[74] 纽伦堡审判判决书有一句名言:“国际法上的犯罪乃个人所为,而非抽象的实体所为”,这句话说明了当时的国际法状况。Judgment of the International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals, 1947, *Official Documents*, Vol. 1, p. 223.

[75] 曾任国际责任条款草案特别报告员的意大利国际法学家罗伯特·阿戈(Ago),因该公约未规定缔约国的犯罪而颇有抱怨, see J. H. H. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (eds.), *International Crimes of State*, Walter de Gruyter & Co., 1988, p. 215. 意大利国际法学家卡塞西认为,该公约的目的是惩治有关的个人犯罪并通过司法合作引渡嫌犯, see A. Cassese, “On the Use of Criminal Law Notions In Determining State Responsibility for Genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 5, 2007, pp. 875—887.

[76] Martti Koskenniemi, supra note 34, p. 53.

[77] See Hans J. Morgenthau, “Positivism, Functionalism, and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 34, No. 2, 1940, pp. 260—284; Bin Cheng, “On the Nature and Sources of International Law”, in Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, London: Stevens & Sons Ltd, 1982, pp. 209—212.

[78] Myres McDougal, *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*, The Hague: *Recueil des Cours*, Vol. 82, 1953, pp. 137—259.

步；国际法不过是解释者的自画像，是强者的自画像；〔79〕强者更加偏爱目的解释。〔80〕国际法目的这一问题，既展现了不同理论之间的异同，又反映了不同理论的认知水平，还说明了思考对于提高认知水平的重要性。

国际法的不确定性对于批判法学意味着什么呢？它意味着不能再走老路，或不能再纠缠于严格的法律性，因为再怎么纠缠也纠缠不清——它根本就是一个纠缠不清的问题。于是，批判法学决定战略转移，策略是“后退一步”。〔81〕它调转“枪口”对准国际法的“用途”（Role or Use）。其所谓的实用主义转向即为此意。〔82〕从此，对于批判法学来说，国际法不再是非此即彼或种类问题，而变成多和少或程度问题，国际法渊源转移到了规范的模糊地带，国际法的法律性为国际法律资料所替代，适用法律变成了法律论辩；尤其是，法律的用处代替了法律的约束力——只要辩词对改变国家行为有用（Work），国际法就起作用了（Matter）。〔83〕其结果可以表述为：法律技能比空谈法律重要，实践比理论重要，“行动中的法”比“书本上的法”重要，能言善辩的律师比笨嘴拙舌的律师重要，技艺非凡的律师比能力一般的律师重要，有能力影响决策者的顾问比夸夸其谈的顾问重要，等等。所有这些颠覆了之前一切对国际法的认知。

肯尼迪在书中特别喜欢用“不再抱幻想”（Disenchanted）一词。他似乎是在说国际法的不确定性使批判法学幡然醒悟，毅然决然转向国际法实用主义。

### 三、法律技能与国际法律论辩术

肯尼迪在书中用“法律技能”替换了“国际法律论辩术”，显示了他与科斯肯涅米之间的一个较大差别，这是他对法律的广义理解所致。因此，肯尼迪所述法律技能是通用法律技能，适用于国内、跨国、全球、国际等各种语境。在这个前提下，他解释道，技能是“知识”与“实践”的结合；知识分为“专业知识”及“常识”，掌握专业知识的“专家”是“决策”的幕后人物。〔84〕法律技能是“（提出）主张和说服（他人）的公开表达”。〔85〕

乍一看，这些好像没有多少新意。“术”就是指一种技术，一种本领，一种技能。法律作为一种技艺，无疑来自于经验的知识包括常识。而专家是决策不可缺少的参谋或顾问，要不哪儿来那么多智库？而法律技能用于法律论辩时，肯定要提出主张或诉求，不仅如此，还要提出反诉，它是一个诉与反诉的过程。而论辩只有以理服人，才可能达到效果。论辩必须要说出来，内心抵触不叫论辩。

但仔细琢磨，法律技能和法律论辩术还确实不太一样。由于论辩术可以说是技能的一种，

〔79〕 Iain Scobbie, *supra* note 20, p. 60.

〔80〕 实际上，肯尼迪对国际法的自我解释性质，也有自己的创见，参见第四部分。

〔81〕 David Kennedy, *supra* note 1, p. 167.

〔82〕 David Kennedy, *supra* note 1, pp. 219—220, 267, 272.

〔83〕 David Kennedy, *supra* note 1, Chapter 5.

〔84〕 David Kennedy, *supra* note 1, pp. 111, 138.

〔85〕 David Kennedy, *supra* note 1, pp. 108, 179.

法律技能的含义更宽泛。这意味着有可能引出新的话题。联想到书中有关决策过程和专家作用的内容,<sup>[86]</sup>我发现“专家的决策作用”正是这样的话题。肯尼迪将两个看似并不相干的话题,通过一系列概念成功地串联起来。

相比“法律论辩术”,“法律技能”在表述上还有一个不太引人瞩目的优点:它把前者的潜台词(论辩术包含“能力”之意)挑明。这一点能够从两者的中英文字面含义得到证明。那又怎么样?这要分谁。对肯尼迪、科斯肯涅米来说无所谓,而对普通读者可能就会影响其进一步思考。我认为,“能力”至少可以引出两个有意义的问题。一是“能力程度(大小)”,二是“能力建设”。

前面说过,实用主义转向导致“技艺非凡的律师比能力一般的律师重要”。这句话是受了科斯肯涅米的影响,因为他说,一个有能力的律师可以左右逢源,既为这一边辩护,又为那一边辩护。<sup>[87]</sup>这番话不仅说明了法律的不确定性,而且说明怎样辩护要看客户是谁,要根据客户立场来辩。

几年前,联合国负责法律事务的副秘书长访问北大做讲座。有人问:如何看待(联合国)宪章的主权原则?他掏出宪章:这里有。又有人问:如何解释宪章的人权规定?他又掏出宪章:这里也有。那到底有什么?有人再问。他就笑而不语了。他确实作难,不敢回答如此尖锐的问题,因为容易暴露立场,而国际职员要隐瞒立场。这个例子可以提示我们思考国际法上一些大是大非问题。<sup>[88]</sup>1999年北约轰炸南联盟之后,美国国际法学会曾就此事举行研讨,与会者基本都是美国的著名国际法学者。然而,他们对北约的行动是否违反禁止使用武力原则众说纷纭,莫衷一是,即便观点一致,理由又各不相同。<sup>[89]</sup>在禁止使用武力这一当代国际法的基石或强行法原则上,连西方尤其美国学者都无法达成一致,可见国际法不确定性及其在当代国际法律论辩中的复杂性到了何种程度。与北约这次行动密切相关的是科索沃独立问题。2008年,国际法院受理了“关于科索沃临时自治政府单方面宣布独立是否符合国际法”的咨询案。在该案的实质法律问题上,即如何在国家领土完整与民族自决之间选择或平衡,国际法院闪烁其词,拒绝正面回答,最终提出一个带有某种倾向性的意见。<sup>[90]</sup>北约轰炸南联盟的余波一直延续至今。尽管科索沃获得相当数量国家的承认,但仍有许多国家拒绝接受联合国框架外使用武力的结果。

[86] David Kennedy, *supra* note 1, Chapter 4.

[87] Martti Koskeniemi, *supra* note 7, p. 569.

[88] 魏敏早就认识到国际法基本原则的重要性,并且用“国际法上大是大非问题”来表达这些原则的适用对象。魏敏(编):《国际法概论》,光明出版社1985年版,第15页。批判法学也认识到国际法原则的重要性。在它看来,国际法律论辩已经不再纠缠于具体规则,而主要集中于国际法的原则和对未来的规划。See Martti Koskeniemi, *supra* note 7, pp. 598—600.

[89] 参与讨论的学者有 Louis Henkin、Ruth Wedgwood、Jonathan I. Charney、Christine M. Chinkin、Richard Falk、Thomas Franck、Michael Reisman。See “Editorial Comments: NATO’s Kosovo Intervention”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 4, 1999, pp. 824—862.

[90] *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 2010, p. 403.

当下的国际法论辩在相当程度上早已超出实在国际法界限：你给他讲 WTO，他就给你讲 Fair；你给他讲 Legality，他就给你讲 Legitimacy；你给他讲 *lex lata*，他就给你讲 *lex ferenda*，并且还说他的 *lex ferenda* 就是 *lex lata*，如果你不服，他可能还会给你讲 *lex de facto*。这些恐怕都算是科斯肯涅米所说的“有能力”，都在肯尼迪“足智多谋”（Sophisticated）<sup>〔91〕</sup>的法律技能之列。高水平的论辩能力的确重要，它是一个话语权问题，有可能影响世界舆论导向和国家的行为。

这意味着游戏规则发生变化，而改变规则的正是规则的制定者，并且他们还有权有势。选择因而成为必需：要么不玩了，要么各玩各的。不玩不行，它不符合经济全球化的要求，也不符合我们进一步开放的国策。而各玩各的，恐怕就意味着国际法是国际法律论辩术，意味着要用国际法的语言来讲政治的故事并且讲好故事，意味着要学会并精通讲好故事的本领。

这实则“能力建设”问题。就国内而言，能力建设意味着必须提高用国际法语言讲好故事的本领，意味着必须从基础上解决好如何学、学什么的问题，意味着学以致用很重要。批判法学提醒我们，无论花多大力气讲授找法方式，也无论学生如何千辛万苦找到了法，早就有相反的法在等着你。<sup>〔92〕</sup>如果我们认可这一观点，那么，与其事倍功半，不如将更多精力放在提高法律论辩的技能上，并积极参与国际法律论辩过程。我并非否定实在国际法，我的意思是不能囿于实在国际法，而是要在其基础上不断思考国际法及其用途为何。

或许大家都承认，我们的国际法教学和研究与西方相比存在差距。但这并非我们不够勤奋、不够聪明，而是我们的视野不够宽阔，视线放得也不够远。另外还有天生的劣势。国际法是西方舶来品，我们一直在学西方。但西方有着语言文化的先天优势。国际法先用拉丁文书写，之后改用法文继而英文。单单在语言形式上，西方就占尽优势。科斯肯涅米的《温柔的教化者》，英文穿插着法文、德文和拉丁文，就差用芬兰语了。如果加上语言的内涵和法律语言及其内涵，西方的优势更大。方法上的问题比较容易解决，前提是正视问题的存在。而语言文化除了加倍努力别无他途。大学肩负着培养综合性国际法律人才的责任。

下面讨论批判法学眼中的一种重要的“国际法”。无论国际法律论辩如何进行，也无论论辩的技能多么精湛，论辩常常要有个了断，哪怕是一个暂停。那么，如何了断呢？了断的“结果”是什么？如何表达这一结果？按照肯尼迪所述，这一“结果”是“主张和说服的公开表达”与“强制力”的结合，而强制力是一种“综合的压力”，包括外交、经济、军事、媒体等各种压力。<sup>〔93〕</sup>到这里我们大体知道他要说什么。果不其然。那些拥有“更多替代性”施压手段（通俗讲底牌更多）者，最终决定论辩的“结果”，而这无关双方论辩的水平。他们决定的“结果”就是“法律”，就叫“国际法”。<sup>〔94〕</sup>如果我们再加上国际法是强者

〔91〕 这是书中使用频率很高的一词，足见肯尼迪对法律技能程度的重视。See David Kennedy, *supra* note 1, pp. 9-13, 159-167, 176, 194, 221, 226.

〔92〕 Martti Koskenniemi, *supra* note 51, p. 729.

〔93〕 David Kennedy, *supra* note 1, p. 176.

〔94〕 David Kennedy, *supra* note 1, p. 188.

的法律，是强者用法律包装的政治，逻辑圈就画圆了。

我不禁想起 19 世纪英国法学家奥斯丁对法律的要求：法律是上级对下级的命令，它伴随着强制力。<sup>[95]</sup> 不禁想起实在法学对其强制力的辩护：国际法的强制力来自于国家基于共同利益对国际法的内心遵守，以及国家对违法行为的自助或自卫措施，并由此联想到实在法学对集体安全机制的憧憬。我还不禁想起政策定向学对法律构成的权力有效性的要求。

原来，历史就这么简单。奥斯丁作为近代法律概念的鼻祖，开创了强制力为法律要件的先河。实在国际法的一生都因此饱受煎熬并为生存而不屈抗争（其间还得到哈特的援手<sup>[96]</sup>）。政策定向学则痛定思痛（当然还有其他考虑）而改弦更张。<sup>[97]</sup> 接力棒最后交到批判法学手中，它继续跑着并折反跑回政策定向学和实在法学——它承认实在国际法形式包装的政策定向国际法乃国际法的事实，并因此走向了不同的国际法工具主义道路。

至此，可以为政策定向学做一些辩护。首先，它对现实主义国际法的阐明，为批判法学自身建设提供了关键零部件，现实主义国际法也是批判法学对国际法的一种重要认识。其次，它作为靶子对批判法学是有用的，否则批判法学失去了批判的对象。再次，剥离了其政治导向和对权力有效性的要求，它可能就是一个谁都能用的法学范式。最后，如果将其政治导向用你的替代，“他”就变成了你，你就是他，但条件是：你要先衡量一下自己的权力分量。记得有一次政策定向学研讨会上，针对发难，瑞斯曼生气但不动声色反驳道：“我是学者，不是美国政府官员。政策定向学就是一种理论，谁都可以用。”此言既对也不对。

#### 四、法律形式主义的重要性

我们所述的三种国际法理论，都重视语言形式的作用，语言形式是其各自的身份证。例如，“主体”是实在法学的常用语，它表明了实在法学的国家中心论。而“参与者”或“行为者”是政策定向学的口头禅。批判法学常用“行为者”而鲜用“参与者”，似乎要将“行为者”占为己有。无论“参与者”或“行为者”，又都意味着对个人、团体和公民组织作用于国际事务的认可，使用二者之一必然排斥使用“主体”。而“法律规则”和“法律过程”，有效区分了实在法学与政策定

[95] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge Texts in the History of Political Thought), Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 121–126, 137–144; 中译本(英)约翰·奥斯汀：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版。

[96] See Hart, *supra* note 69, Chapter 10.

[97] 改弦更张的典型是摩根索。他早期在堪萨斯大学任教，曾写过一篇长文历数国际法的弱点及其原因。之后离开了国际法界，创立了国际政治现实主义学派。See Hans J. Morgenthau, “Positivism, Functionalism, and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 34, No. 2, 1940, pp. 260–284. 这篇文章被科斯肯涅米称为摩根索的国际法“天鹅之绝唱”，Martti Koskenniemi, “The Fate of International Law: Between Technique and Politics”, *Modern Law Review*, Vol. 70, No. 1, 2007, p. 20. 劳特派特从两次大战的经历对国际法也做过反思，反思的结果是用自然法来加强实在国际法。See Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 1–53.

向学,并且与常说“论辩术”的批判法学做了切割。批判法学则是拿来主义和两边通吃。它用实在法学话语,是因为它们乃论辩不可或缺的工具;它取政策定向学语言的精华,是其能够反映自身对法律实质和动态的认知。在语言形式上,政策定向学特立独行,因为它认为自己是关于法律的理论(Theory about Law),不是法律的理论(Theory of Law),并认为自己是一种科学的理论,因此,它坚持不能用法律语言来描述自己,法律理论只有用法律之外的语言来描述才堪称科学。<sup>[98]</sup> 尽管政策定向学提供了一种有用的法律分析工具,但其用处却因其语言的不可通约而有所减损。语言形式很重要。

批判法学通过挖潜政策定向学并勾连实在法学,释放出自己的分析能量。但客观上讲,其成就的取得在很大程度上应归功于实在法学所创立的国际法语言及其实践的应用(论辩术,法律技能)。在这个意义上,实在法学对批判法学的贡献居功至伟。

19世纪末,实在国际法取得对自然法的胜利,因为它来自于国家外交实践,被认为是可以证明的,符合实证主义的科学观;而理性的自然法是不可知的,被打入道德的冷宫。国际法从此开始进入欧美大学法律系,目的在于培养掌握国际法语言及其应用的人才,以满足外交的需要。<sup>[99]</sup> 可见,国际法原本就来自于并服务于实践,国际法教育一开始就定位于专业教育,国际法学一开始就是应用学科,国际法语言一开始就是实践的话语。因此,批判法学聚焦国际法语言及其实践,强调运用国际法语言的技能,无论如何都完全符合国际法教育的初衷。它提醒要回归这一初衷。

转向实用主义之后,法律语言对于批判法学的重要性凸现,以至于科斯肯涅米说:国际法是“国际法律话语”。<sup>[100]</sup> 基于专业的立场,批判法学必须找到一个能够连接国际法实务界包括连接自己与国际法实务界的纽带。显然,它不能寄希望于国际法的目的和内容,这些已被证明与政治有着千丝万缕联系,它唯一的选择就是国际法的形式。

国际法语言正是这一形式。无论国际法业界人士如何看待国际法,也无论其立场如何,他们的共性就是法言法语,国际法语言是其实践不可或缺的工具,是业界所有人的共同语言,也是批判法学与业界的通用语言。这就是为什么国际法是“国际法律话语”。

写到这里,我更加理解了批判法学与政策定向学的一些差异。前者是作为实务界一员来看待国际法的,而后者是用决策者替代自己去看待国际法的。前者是用(实在法学的)形式渊源来说明国际法存在的问题,并且是用这一渊源来说明国际法的操作过程,而后者采用了政治学语言来讲同样的故事。前者不仅用专业的语言来讲专业的故事,而且用专业的语言来讲本专业与外专业互动的故事;而后者是用专业之外的语言来讲专业的故事,而且重点是讲外专业

[98] 就法律不能用法律语言来描述这一点而言,政策定向学并非没有道理。例如,实在法学常用 *lex lata* 来表示现行有效力的法律。但政策定向学无法使用这一用语,在它看来,法律就是现实的法律(Law in Action, Real Law, or True Law),而 *lex lata* 不一定是现实的法律。

[99] (美)阿瑟·努斯鲍姆:《简明国际法史》,张小平译,法律出版社2011年版,第183—184页。

[100] Martti Koskenniemi, *supra* note 7, p. 12.

对本专业作用的故事。想象一下,如果政策定向学采用法律语言来讲专业的故事会是什么结果?这并非不可能。希金斯就是这样做的,并因此获得美国国际法学会大奖。<sup>[101]</sup>而一旦这样做,政策定向学的立场偏好也就暴露无遗。

批判法学眼中的法律形式不仅包括法律语言,还包括形式上的法律或通常所说的法条。由于它要暴露形式法律背后的阴暗,揭露在法律外衣下的不公,批判法学可以被认为是反(法律)形式主义的斗士。但实际上,它也是形式主义的卫士,因为它要用法律语言和形式法律来分析并揭露法律掩盖的阴暗和不公,形式主义可谓其安身立命的法宝。离开了形式主义,批判法学可能就不存在了。<sup>[102]</sup>

批判法学不仅关注法律形式对强者的用处,而且重视其对弱者的意义。科斯肯涅米认为,弱势群体和个人可以通过国际法形式将“私”的诉求提升到“公”的平台,从而使其能够在这一平台上以与社会其他成员平等的身份来表达诉求并获国际社会普遍关注。<sup>[103]</sup>他进一步说:“(国际法的存在)同时也为那些没权没势、经常作为其他人政策客体的人和机构发出声音。它提供了一个可以就暴力、非正义和社会剥夺向支配势力提出诉求的平台。它是批评权力的一种工具。”<sup>[104]</sup>这是在为弱者而呐喊,或多或少亮明了作者的主观偏好。这使我联想到2017年联合国大会通过的《禁止核武器条约》。<sup>[105]</sup>这个条约就明显表现出弱者对强者的抗争,说明了国际法形式对弱者的的重要性。

这个由清一色无核(无核武器)国家主导的条约,明文宣告制造、拥有、使用核武器为非法,并将全面禁止核武器视为“全球最高公益”。关键是,无核国家明知有核(有核武器)国家反对这个条约(事实也证明如此),<sup>[106]</sup>为什么偏要相对而行?这需要简单回顾一下有关的历史。大家知道,1968年有一个《不扩散核武器条约》,它将缔约国分为有核和无核两类。有核国家承担了不扩散义务,以及通过自行谈判逐步削减乃至最终彻底销毁核武器的义务。而无核国家承担了不得生产、储存核武器等一系列义务,并承诺接受国际原子能机构的监督。然而,条

[101] See Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Oxford University Press, 1994.

[102] Martti Koskenniemi, *supra* note 34, pp. 52–53.

[103] Martti Koskenniemi, *supra* note 34, p. 48.

[104] Martti Koskenniemi, *supra* note 34, pp. 52–53.

[105] The Treaty on Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW)(《禁止核武器条约》),2017年7月7日由联合国大会投票通过。

[106] 见安理会五个常任理事国的两个声明。Joint Statement by the Foreign Ministers of China, France, Russian Federation, UK, and US on the Fiftieth Anniversary of the Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 29 October 2018. [http://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/international\\_safety/regprla/-/asset\\_publisher/YCxLFJnKuDIW/content/id/3384609](http://www.mid.ru/en/foreign_policy/international_safety/regprla/-/asset_publisher/YCxLFJnKuDIW/content/id/3384609) (Last visited on April 27, 2020); 中国、法国、俄罗斯、英国、美国外长关于《不扩散核武器条约》的联合声明,2020年3月10日, [https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/1179\\_674909/t1754128.shtml](https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/1179_674909/t1754128.shtml), 最后访问日期:2020年4月27日。

约缔结后约40年(1968—2017)间,虽然美国与苏联(俄罗斯)签订了几个削减战略核武器的条约,<sup>[107]</sup>但由于多弹头等技术的发展,两国核武器数量的减少并未导致其威力减弱。<sup>[108]</sup>不仅如此,有核和潜在有核国家继续增加。

2017年的条约表明了无核国家对1967年条约及其结果的极度失望。<sup>[109]</sup>40年过去了,核武器对它们安全的威胁与日俱增,有核国家主要是拥有核武器数量最多的核大国,将自己的安全建立在对其他国家尤其无核国家安全的威胁基础之上。1968年条约通过身份划分,成功将有核国家定为核武器的合法拥有者,而将无核国家排除在外。拥有核武器的合法化,使得核大国能够将核威胁作为其外交、军事斗争各种选项的底牌。而国际法院对国家在生死关头是否有权动用核武器问题所作出的无法可依(*non liquet*)认定,<sup>[110]</sup>应进一步增加了无核国家对于核威胁的担心。2017年条约的意义就在于,它打破了有核与无核的身份划定,因而再次强调主权是平等的,即在全面禁止核武器问题上谁都不应该享有特权,并成功将这一问题引入国际法律论辩的公共平台——无论是国家还是社会组织、团体或个人都有权参与这一论辩;它将全球最高公益作为论辩一方的正当性理由,激发了世人对美好未来的憧憬并为此而奋斗。

批判法学不仅关注法律形式对国际行为者中强弱双方各自的作用,还强调法律形式对国际行为者的一般意义。科斯肯涅米说:

“形式法律的政治重要性在于它从一开始就表达了普世主义的包容原则,使得一个多元化国际世界的规制理想成为可能。”“法律形式把政治对手建构成平等的主体,有权以违反了他们同属的共同体规则的措辞,来表达其主观上感受到的非正义”。<sup>[111]</sup>

肯尼迪在书中也谈了法律形式的一般意义。在他看来,法律形式能够将政治对手拉到谈

[107] 《第一阶段削减战略武器条约》(Strategic Arms Reduction Treaty,简称START I),在美苏之间缔结,于1991年7月31日签署,有效期是15年。由于5个月后苏联解体,条约的生效随之推迟。之后在1992年5月23日美国与俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦、乌克兰4个武器继承国在里斯本签署了附加条约《里斯本协议定书》。1994年12月5日5个缔约国在布达佩斯交换批准书后,该协议正式生效。到2001年底该条约的销毁计划完成时,美俄双方已经拆除了当时存在的战略核武器的约80%。

[108] 多弹头分导重返大气层运载工具(Multiple Independently Re-entry Vehicle,简称MIRV)是一种包含多个弹头,每个弹头能瞄准不同目标的设备。MIRV的出现带来了更多的弹头需求。例如,由于MIRV的部署,到20世纪七十年代中期,美国战略武器库就已经增加了3000枚以上的弹头。

[109] 1968年条约既没有说服印度、巴基斯坦、以色列、朝鲜(朝鲜于1985年12月12日加入《核不扩散条约》,于1993年3月12日宣布退出意向,但后又撤回。2003年1月10日再次宣布退出意向,并于同年4月10日正式退出)加入或批准,亦未有效阻止其发展核武器的步伐。另一方面,根据斯德哥尔摩国际和平研究所(Stockholm International Peace Research Institute,简称SPIRI)2019年年鉴所示数据,至2019年初,美国、俄罗斯、英国、法国、中国、印度、巴基斯坦、以色列和朝鲜这9个国家仍持有约13865枚核武器,其中3750枚部署于作战部队。而近2000枚处于高度操作的警示状态。Stockholm International Peace Research, *SIPRI Yearbook 2019: Armaments, Disarmament and International Security, summary*, Oxford University Press, 2019, p. 10.

[110] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports, 1996, pp. 252—253, para. 67.

[111] Martti Koskenniemi, *supra* note 34, p. 45.

判桌或法庭上论辩,从而有可能避免其兵戎相见。<sup>[112]</sup> 批判法学的这种认识,在我看来,很大程度上是在复述实在法学引以为傲的和平解决国际争端原则及其机制。或许按照法律和平解决国际争端是国际法存在的唯一公认的价值,或公认的国际法的目的?

科斯肯涅米还有一个重要观点,即像“和平”“正义”“人权”“侵略”“自决”“强行法”“对一切的义务”“非法性”等国际法话语,从形式主义来看具有很强的实践价值。<sup>[113]</sup> 这个观点从法律话语的实践性进一步说明了法律形式的重要性,而且能够成立。世界各地的反战运动、绿色和平运动、民权运动、民族自决运动等无一不用国际法话语为旗号。

但这个观点还有进一步分析的潜力:为什么这些话语能够转化为社会实践?这恐怕不能简单地从语言学上涉及行动作为的名词(Performative Noun)的实践意义来加以解释,<sup>[114]</sup> 应该还有一个基于身份认同的想象力问题。这些话语分别代表的身份认同,有可能导致素昧平生的人们想象他们是同一共同体成员,并进而导致其共同的社会实践。换言之,法律话语的实践性应主要来自于人们对其身份认同的共同体想象。<sup>[115]</sup> 这一点也许科斯肯涅米清楚只是没有明说。但明说也不可缺少,一如“主张”和“说服”要“公开表达”(Articulate)那样。而肯尼迪对“想象”一词十分钟爱,他甚至说国际法是一种想象的行为。<sup>[116]</sup> 这是他转向凯尔逊的收获。

汉斯·凯尔逊是纯粹法学创始人。他提出纯粹或规范法学,并非因为不知法律与政治的联系,恰恰相反,正是厌恶法律中的政治,才促使他转向纯粹法律研究。在他看来,切断法律与政治的联系,是进行科学意义上法律研究的前提。<sup>[117]</sup>

然而,肯尼迪从凯尔逊吸取的营养,是法律乃自我解释的结果。凯尔逊坚持制裁是法律的要件,法律的有效性来自于制裁产生的强制力。<sup>[118]</sup> 重点是,凯尔逊将法律视为应当(Ought)做或不做的规范,而非描述现实(Is)的规则,从而与实在法学形成对立。因为在后者眼里,法律乃事实上(Is)的法律,是对现实描述的法律。<sup>[119]</sup> 正是因为如此,凯尔逊无法按实在法学解释法律有效性的套路出牌。于是他另辟蹊径,从法律适用者对法律的认识来看法律的有效性。如果他们适用了含有制裁内容的规范,这样的规范就是有效或有约束力的规范,也就是说,

[112] David Kennedy, *supra* note 1, Chapter 6.

[113] Martti Koskenniemi, *supra* note 34, pp. 48–50.

[114] Martti Koskenniemi, *supra* note 7, p. 589; David Kennedy, *supra* note 1, pp. 110, 136–137.

[115] See Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London: Verso, 1983; 中译参见(美)本尼迪克特·安德森:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》,吴叡人译,上海人民出版社2016年版。

[116] David Kennedy, *supra* note 1, p. 223.

[117] 凯尔逊,见前注[17]。

[118] 凯尔逊,见前注[17],第17–19页。

[119] See Hart, *supra* note 69. 另见哈特与富勒的辩论, H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, p. 607; L. L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, p. 630.

Ought 变成了 Is。<sup>[120]</sup>

肯尼迪不仅自认为从凯尔逊的这种“知识转移”获益匪浅,<sup>[121]</sup>而且以此来完善自己的理论。“国际法是想象的行为”就是其思考的结晶。在他看来,法律就是法律的解释,是人们“自以为是”或自我解释的法律。

“在一个任何东西都可以作为法律的化身的世界里,更多将依赖于人们对法律的解释:法律将变成人们以为就是法律的东西。”<sup>[122]</sup>而(法律的)“解释是政治和道德对法律而非毫无限制的世界的选择。相信国际法的前途要求接受它的存在。”<sup>[123]</sup>

由于“自以为是”的法律既包括法律的形式,又包括法律的内容,还包括权力最终解释的结果,因此,肯尼迪公开承认了形式的国际法规则转化成为现实的国际法规则的可能性,从而使其法律塑造和巩固权力一说得以自洽。

就法律形式主义而言,肯尼迪与科斯肯涅米的认识明显存在差异,因为后者认为法律形式主义只是一层薄薄的平面,没有任何实质内容。<sup>[124]</sup>科斯肯涅米的逻辑似乎存在问题。他一方面站在弱者立场上为形式法律的重要性辩护,另一面又界定法律形式主义没有任何实质内容,<sup>[125]</sup>这无法自圆其说,因为能够为弱者服务的形式法律需要刚性解释和确定性。

总之,在批判法学看来,法律形式主义是一把双刃剑,对强者弱者都有用,强者可以用来掩盖阴暗,而弱者可以用来揭露强者掩盖的阴暗;法律形式主义又是国际行为者共济一堂的场所,其重要性还可以通过法律语言的实践性得到体现。这些认识富有启发。

## 五、国际法学科自信

肯尼迪在书中还从国际法专业自信角度,为批判法学实用主义转向做了辩护。<sup>[126]</sup>但我更关心批判法学对我们国际法(国际公法)学科自信和学科建设的实际意义。我总的感觉是,它对我们的学科自信和学科建设是利好。

首先,批判法学(还有政策定向学)让我们认识了不一样的国际法。在这一点上,无论是否接受批判法学,你还是你,毫发未损;不仅如此,你还增加一扇了解他人的窗口,从而方便了学术沟通和交流。

当然,你如果拒绝接受批判法学,认为它是国际法学的异端,还可以和它理论,与它斗争。这更好,说明它促进了你的思考,并且你的思考还有可能促进对方的思考,从而导致思想能量

[120] 凯尔逊,见前注[17],第4-5页;see also David Kennedy, supra note 1, pp. 229-231.

[121] David Kennedy, supra note 1, pp. 222-223.

[122] David Kennedy, supra note 1, p. 224.

[123] David Kennedy, supra note 1, p. 226.

[124] Martti Koskenniemi, supra note 34, p. 44.

[125] Martti Koskenniemi, supra note 34, p. 44.

[126] David Kennedy, supra note 1, pp. 223-225, 252-255.

的释放,产出新的学术成果。但前提是,你要先对它有一个比较深入的了解,要找到其软肋。但无论如何你都不能坚持实在法学为认识国际法的真理,因为没有这样的真理。1648年作为实在国际法诞生标记,<sup>[127]</sup>意味着它原本并不存在。实在国际法取代自然法而成为现代意义上的国际法,是人们对国际法进一步认识的结果。这些都说明,实在国际法乃建构的法律。而真理是不能建构的,哪里来的真理呢?

认识不同不要紧。我不同意你说的话,但要尊重你说话的权利。我们尤其要避免将实在法学视为国际法的真理,轻易否定别人讨论的问题为国际法问题。因为什么是国际法问题,取决于对什么是国际法的认识。<sup>[128]</sup>批判法学原本就是建立在对以往国际法理论反思基础之上的。30多年前,《欧洲国际法杂志》创刊的开篇之作,就是科斯肯涅米“国际法是政治”一文。在我看来,该文是一个宣言,一个动员令,作者旨在挑战之前的国际法理论,挑战不合理的国际法律秩序,挑战掌握国际法话语权的正统刊物。时至今日,批判法学已成气候。在它的旗帜下,大量的文章和著作面世。鲜有人再说其讨论的不是国际法问题,它关注的只是不一样的国际法问题。

其次,批判法学不仅没有背叛国际法专业,相反,它是这一专业的忠实信徒。理由有三:其一,它几乎继承了实在法学的全部,尤其是,它将实在国际法视为弱者批判和抗争强者的重要武器。其二,它的实用主义转向尽管多少出于无奈,但契合(也许是巧合)了国际法教育的初衷,也符合我们所说的学以致用。其三,它是用国际法的话语讲国际法专业的故事,是用国际法的技能从事国际法的实践。

也许更重要的是,批判法学对国际法专业“过度”忠诚。它还以国际法名义伸出“长臂管辖”,把政治揽在怀里,把经济揽在怀里,把历史也揽在怀里,仿佛全世界都是它的领地。“太可气了”。你讲国际法自己的故事就罢了,你还要讲别人的故事,这也罢了,可你还要用自己的语言去讲别人的故事,甚至还用自己的技能去刨别人的领地。简直“是可忍孰不可忍”!

但这对中国国际法学界是大好事。我们何曾如此舒坦过。我们安身立命的国际法中文杂志没有一个是所谓的核心期刊,年轻教师为了发稿四处“求爷爷告奶奶”以求生存,国际法学科除了改革开放初期红火了一段,其余大部分时间都销声匿迹,还饱受白眼之待遇,个别一流高校甚至连一个国际法的专任教师都不曾拥有。

是国家不需要国际法人才吗?绝对不是。中国正处在对外合作与斗争相互交织的和平崛起进程之中,而国际法正是国际合作与斗争不可或缺的工具。有太多的例子可以说明国际法在当下特殊的重要性,它的重要和复杂程度绝非改革开放初期对国际法的需求能比。

那为什么我们的学科落得这番田地?不谈外因,是我们不努力吗?不是。是我们笨吗?谁敢说我们笨。我感觉,主要是受困于实在法学,它禁锢了我们的思想,使得我们无法想象国际法有多么广阔的天地和多么巨大的潜力。而批判法学想到了,它不按常理出牌。

[127] 参见一叶:“神话的建构”,《读书》2011年第11期,第61—67页。

[128] Iain Scobbie, *supra* note 20, pp. 68—69.

最后,批判法学的跨学科方法符合国际法学科发展方向。法学领域已经有了诸多跨学科的先例。金融法、环境法、知识产权法、贸易法、体育法、娱乐法等都是例子。如果再加上“国际”,它们就翻了一倍。再细细一想,翻倍之后它们原来都是国际法,它们分拆了国际法。不仅如此,国际法还被自己人分拆。国际经济法本是同根生,却变成了两家人。拆就拆吧,但关键是,同根的国际经济法拆出之后顿时有法“无理”,其理论基础或方法为何十分模糊。更要命的是,分拆使得国际法与国际经济法变成两个专业,业务几乎老死不相往来,要不是论文答辩凑数都难得谋面。其后果就是,国际法少了“血肉”而国际经济法缺了“筋骨”。

国际法学也想跨学科。可跨谁呢?跨国际政治吧,别人觉得你太软,“国际政治是讲实力的”,“真理是在导弹射程之内”。想跨国际经济,人家更骄傲,“我们是要用函数模型说话的”。国际法学连初中数学水平都仰视,哪里懂得如此奥妙的东西。而批判法学直接告诉说:“把他们全跨了,想跨谁就跨谁,记住:还不准他们说话。”天下竟有这般好事?!

肯尼迪在书中就把手伸到国际贸易法,不仅如此,还伸到国内法,连其分支的分支都不放过。当然,他绝不会放过国际贸易,其结果又席卷了经济学和发展学的若干理论。“你们都是我的。”肯尼迪现身说法了他是如何跨学科的,其有说服力的分析及其结论也显示了跨学科的力量。

该下定论了:批判法学拓宽了我们的眼界,它有助于释放我们的专业潜力,有助于提升我们国际法学科自信并增强我们国际法学人的自信心。为此,我们应该感谢它,并给予它在我们学科建设中一席之地。

我们还应感谢政策定向学,它使我们确信法律与政治密不可分。本文还有一个未登场的角色:自然法学。它静静看着我们,并不时闪烁提醒关注。事实上,它的公平、正义、和平等理念,自1648年以来一直是国际法人执着信念的源泉。两者对我们的学科建设也不可或缺。

当然,我们必须感谢实在法学。王铁崖和魏敏1981年主编的《国际法》,<sup>[129]</sup>是我们所有人的启蒙老师。向老师致敬!实在法学理所应当是我们学科建设的主角。

## 六、结 语

思考对于国际法学的发展至关重要。而思考意味着解放思想,相信自己的思想拥有巨大潜力尚待释放。<sup>[130]</sup>正是因为如此,批判法学才有了今天的成就。

无论实在法学、政策定向学或批判法学,抑或其他国际法理论,都只是认识国际法的方法。不同的理论对于国际法的认识是不同的,就像一千个人眼里有一千个哈姆雷特一样。如何认识国际法只有道理没有真理。

[129] 王铁崖(主编)、魏敏(副主编):《国际法》,法律出版社1981年版。

[130] 科斯肯涅米有一个说法发人深省,叫做 Emancipatory Potential,我把它理解为人的思想有待释放的潜力,并引申为要大胆解放思想来认识国际法。Martti Koskenniemi, supra note 34, p. 49.

情况是在不断变化,解决问题需要具体情况具体分析,没有任何一种国际法理论能够完全“对号入座”。在这个意义上,理论创新是具体的、时刻发生的,并且需要“嫁接”不同理论的精华来实现。

只要努力思考并借鉴前人的经验,谁都可以创造自己的一般或专门的国际法理论。思考是中国国际法学前进的动力。

---

**Abstract:** The article draws its inspiration from David Kennedy's *A World of Struggle* and reflects on the basic tenets and methods of critical international law. By comparing critical international law with positive international law and policy-oriented jurisprudence, the article aims to generate among Chinese international lawyers thorough reflections on the nature and function of international law, as well as the *status quo* of and future paths for international legal studies in China. International law is deeply intertwined with politics and indeterminacy is an inherent feature of international law. In international struggles international law is an instrument deployed for auto-interpretation and self-justification, the outcome and effectiveness of which largely shaped by power and preferences of the interpreter. As a practical knowledge, the relevance of international law is translated into one's capability to utilize it. International law as both form and language bears practical value to the strong and the weak alike, instrumental to the co-existence of competing international actors. It is important for Chinese scholars to be open-minded and intellectually confident to embrace diverse approaches of legal thinking.

**Key Words:** Critical International Law; Positive International Law; Policy Oriented Jurisprudence; International Law in China

---

(责任编辑:陈一峰)