

国际法的“不确定性”及其 对国际法治的影响

陈一峰^{*}

摘要 随着批判国际法学的兴起,国际法的不确定性问题对传统国际法治理论提出了根本性的挑战。结构不确定性、语言不确定性、学说不确定性构成了国际法不确定性的主要来源。理解和克服国际法的不确定性、重构国际法研究的学科边界和正当性,构成了过去二十多年国际法学研究的一条学术主线。国际法的不确定性已经深深地嵌入在当今的国际法学研究中,深刻地变革国际法学的研究范式,改造国际法学的理论视野和研究风格,重塑国际法的学术话语。国际法的形式主义传统正在衰落,主体间性不断凸显,论辩主义成为新的主流方法。中国国际法学界有必要超越形式主义国际法治理论,基于发展中国家的历史经验和政治想象来构建新的国际法治理论,并积极开展国际法的跨学科研究。

关键词 国际法治 不确定性 批判法学 形式主义

一、问题的提出

法律的确定性是指法律规则可以为具体案件提供唯一确定的裁判答案。与之相反,当法律对具体案件可以提供多个具备同等有效性的不同裁判答案时,仅仅诉诸法律规则本身无法给出确定的裁判答案,该规则可以被视为是不确定的(indeterminate)。^[1] 确定性是法律约

^{*} 北京大学法学院副教授。

[1] 参见邱昭继:“法律的不确定性与法治的可能性”,《政法论丛》2013年第1期,第85-92页。确定性和不确定性概念本身也存在不同的定义,学界也有不同立场,相关讨论,see Lawrence B. Solum, “On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma,” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54, No. 2, 1987, pp. 462-503; Jules L. Coleman and Brian Leiter, “Determinacy, Objectivity, and Authority,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, No. 2, 1993, pp. 549-637.

束法官裁判权力的前提,也是法治的正当性基础。法律的确性、客观性和中立性,被视为是法治的重要品格。当法律规则不具有确定性的时候,法官不得不诉诸规则之外的标准,以便在竞争性的裁判方案中进行选择,这种选择是法律之外的政治选择,^{〔2〕}违背法治本身的含义。确定性是传统法治理论的理想图景,而有关法律确定性/不确定性的讨论经常是学界试图开展法学方法论变革的序曲。

在国内法学研究当中,有关法律不确定性的讨论始于20世纪三十年代法律现实主义对概念法学的批判,其认为传统的概念法学掩盖了法官在裁判中享有的权力和自由。^{〔3〕}到20世纪六十至七十年代,法律的不确定性也是哈特与德沃金论战的焦点问题之一。^{〔4〕}从20世纪七十年代中期开始,批判法学从法律的不确定性出发,批评自由主义法治的内在悖论,引发了法学界的诸多反思和回应,但相关讨论在九十年代中期以后也基本陷于沉寂。^{〔5〕}在法律的不确定性被提出之后,法学界的研究重点从立法理论转向了司法理论,从政治理论转向行为科学,由此引发了社会科学、经济学分析、经验主义等新的法学方法的展开。就社会政治效果而言,法律的不确定性在国内法上并未构成对法治理论的重大威胁,其根本原因还是在于国内存在统一的主权者。有限的不确定性被认为是法律运行过程中的边缘性要素,并不违反法治的基本理念。^{〔6〕}

在国际法领域,长期以来学界对于国际法的不确定性或者避而不谈,或者尽量淡而化之。对比国内,由于缺乏中央化的权威机构来确认和生产确定的法律含义,不确定性问题对于国际法的冲击要远远高于国内法。传统上国际法治的实现有赖于法律的确性,有赖于法律为国家提供有效的行为指引和约束。对国际裁判而言,国际法规则的确性也是法庭客观、中立、有效解决国际争端的前提。此外,确定性和客观性,还是国际法区别于国际关系等学科的重要

〔2〕 此处的“政治”一词并非是指国家政治,而是强调法官在选择方面的主观性,以及在多种竞争性解释中进行决断的必要。

〔3〕 参见周国兴:“法律不确定性命题——一个问题史的考察”,《环球法律评论》2010年第6期,第27—38页。

〔4〕 例如哈特的“相对不确定性”和德沃金关于整全法的“确定性”的争论。See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, pp. 81—130; H. L. A. Hart, *The Concept of Law (Second Edition)*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 124—154.

〔5〕 See Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication,” *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 8, 1976, pp. 1685—1778; Joseph William Singer, “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory,” *The Yale Law Journal*, Vol. 94, No. 1, 1984, pp. 1—70; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. 德沃金对批判法学的回应, see Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pp. 271—275.

〔6〕 See Ken Kress, “Legal Indeterminacy,” *California Law Review*, Vol. 77, No. 2, 1989, pp. 283—337.

规范性要素。如果国际法不具有确定性,那么国际法与国际关系将无法被严格区分,国际法的学科独立性和正当性也都不免会遭到质疑。

与此同时,国际法的不确定性仿佛又是国际法学人的日常经验。在诸多关键问题上,国际法都无法提供确切的法律答案。条约的文义解释与目的解释的结果经常是相互矛盾的;环境保护与自由贸易也常常是对立的;国家政治独立与领土完整也可能受到“保护的责任”的挑战。^{〔7〕}再以国际法上的自卫权为例,其规制存在高度不确定性。例如,何种形式和程度的攻击构成武装攻击?是否允许预防性自卫?是否可以对非国家组织行使武力自卫权?《联合国宪章》(以下简称《宪章》)的规定是否构成对习惯法上自卫权的限制或者替代?一旦落到实践中,对于上述种种问题,国际法似乎都不存在一目了然、确凿无疑的答案。在很长时间内,国际法的不确定性是作为一种隐秘的学科知识被私下传播,而能否掌握国际法的不确定性甚至是衡量一个国际法律人专业技能成熟与否的标准。

随着批判国际法学在20世纪八十年代的兴起,国际法的不确定性问题作为批判法学的核心主张被引入学界,迅速成为热点话题。批判国际法学者主张,国际法的确定性是一种假象,国际法的论辩结构是悖论性质的,在逻辑上国际法无法客观、确定地裁判争端。国际法的不确定性普遍存在于国际条约、国际习惯和一般法律原则;不仅存在于多边条约,也存在于双边条约;不仅存在于国际公法,也存在于国际经济法。这些激进的学术主张在学界引发了巨大争议。在过去二十年间,实在国际法学、建构主义、批判国际法学、马克思主义国际法学、第三世界国际法方法等不同流派都在不同程度上参与了国际法不确定性的学术讨论。^{〔8〕}随着讨论的深入,国际法的结构不确定性、语言不确定性、学说不确定性等问题鳞次栉比,不确定性问题已经上升为国际法学研究的基础性问题。这场仍在热烈进展中的论争正在改造着国际法的理论视野和研究风格,重塑着国际法学术话语,影响深远。

长期以来,中国国际法学界也把确定性视为国际法的基本属性,强调国际法治就是规则之治,国际法被视为是国际社会政治共识的产物,低估国际法背后的斗争和妥协属性。国际法不确定性的提出,对中国的国际法治方案也提出了根本性的挑战。迄今为止,国内学界对于国际法的不确定性的讨论几乎还是空白。^{〔9〕}国际法的不确定性正在积极重塑国际法的研究范式和基础理论,因此有必要深入剖析不确定性理论的学术争议,反思背后的政治经济学问

〔7〕 See International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect: Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa: International Development Research Centre, 2001.

〔8〕 有学者简明地总结了相关讨论, see Cameron A. Miles, “Indeterminacy,” in Jean d’Aspremont and Sahib Singh (eds.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham: Edward Elgar, 2019, pp. 447–458.

〔9〕 作为例外,李鸣教授对国际法的不确定性问题给予了高度重视。参见李鸣:“国际法的性质及作用:批判国际法学的反思”,《中外法学》2020年第3期,第801–825页。

题,并建设性地运用不确定性理论,为推进国际法治发出中国声音、提供中国经验、作出中国贡献。探讨国际法的不确定性问题,是要认真回应不确定性对国际法治理想的理论冲击,回应它对中国国际法战略所提出的现实挑战。我们有必要超越形式主义国际法治理论,基于发展中国家的历史经验和政治想象来构建新的国际法治理论,同时也有必要积极开展国际法的跨学科研究。

二、不确定性在国际法上的发现:学说史的考察

对于国际法的不确定性,传统国际法学研究对其并非视而不见,但更多认为它是个边缘性的问题。在20世纪三十年代,国际法学者讨论的焦点是国际法体系的完整性问题,这被视为是国际法的最大挑战。英国剑桥大学教授劳特派特(Hersch Lauterpacht)极力主张应当通过积极的国际司法活动来解决国际法空白的问题。^[10]他同时提及,相比国内法,一些国际法规则在内容方面存在不确定性(uncertainty)。^[11]英国牛津大学国际法教授布莱尔利(James Leslie Brierly)同样认为,国际法最严重的缺陷是造法和执法机制的初级性,国际法的范围太狭隘,^[12]而国际法编纂可以部分地消除国际法存在空白或者不确定性的情况。^[13]在布莱尔利和劳特派特看来,国际法最根本的缺陷在于国际法的事项范围太局限,国际法学研究的任务在于发展国际法,扩大国际法对于国际事务的管辖。

对国际法的不确定性问题最早予以深入讨论的当属实在法学者汉斯·凯尔森(Hans Kelsen)。早在1939年,凯尔森批评《国际联盟盟约》的条文起草得不够精确,对一个条款经常可以作出不同的解释,干扰了国际联盟的有效运行。^[14]凯尔森在1951年的《联合国法》中进一步阐释了国际法解释的不确定性。他认为,《宪章》条款经常存在多种可能的解释,而何种解释为权威解释是由政治来决定的,法学的任务是通过更精确的术语和表达以部分地消除不确定性。^[15]凯尔森试图将国际法建构为一个无关政治的纯粹法律体系,试图将国际法限于技术性事务以保全法律事业,主张把国际法规则的不确定性问

[10] See Hersch Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, pp. 51–135.

[11] *Ibid.*, p. 70.

[12] See Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations (Seventh Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 81.

[13] *Ibid.*, p. 87.

[14] See Hans Kelsen, *Legal Technique in International Law: A Textual Critique of the League Covenant*, Geneva: Geneva Research Centre, 1939, pp. 16–18.

[15] See Hans Kelsen, *The Law of The United Nations*, London: Stevens & Sons Limited, 1951, pp. xiii–xvii.

题交给政治家去解决。

20世纪五十年代中期,美国政策定向学派借鉴法律现实主义和行为科学研究,对形式主义国际法学提出了批评,认为形式主义的国际法过分强调规则,不关心法律政策目标的实现。政策定向学派从语言学出发,强调国际法语词存在规范模糊性(normative-ambiguity)的情况,认为探寻一个国际法语词绝对的、文意的、通常的或者自然的含义是极其困难的。^[16]在政策定向学派这里,国际法的规范模糊性为国际法律人承担决策功能提供了空间,具有不确定性的国际法规则最终落实为具有确定性的国际法决策。

真正把不确定性转变为国际法核心命题的是20世纪八十年代兴起的批判国际法学。哈佛大学教授戴维·肯尼迪(David Kennedy)1980年在《德国国际法年刊》上发表了《国际法律话语的理论》一文,首次从结构主义视角来分析国际法的不确定性(indeterminacy),具有开创性意义。肯尼迪的观点直接受到了美国国内批判法学的影响,将不确定性视为国际法的核心命题,认为不确定性是国际法的理论与实践的根本特征。同时,肯尼迪主张,国际法的不确定性是结构性的、持久的、无法克服的。肯尼迪随后出版了《国际法律结构》(1987年)一书,运用解构主义的方法,雄心勃勃地试图从渊源、进程、实体三个方面重构整个国际法体系。^[17]对国际法不确定性问题阐释得最为系统、深入和理论化的当属芬兰赫尔辛基大学教授马尔蒂·科斯肯尼米(Martti Koskenniemi)的《从申辩到乌托邦:国际法律论辩的结构》(1989年)一书。^[18]该书是科斯肯尼米的博士论文,他在肯尼迪研究的基础上,运用语言学、解构主义的方法,对国际法的论辩结构进行了深入分析,指出国际法的论辩是在规范性(normativity)与具体性(concreteness)之间不停往返、又相互抵消的辩证过程。在思想观念上,科斯肯尼米受到了肯尼迪的启发,但是该书在写作风格和材料处理上,却又深植于欧洲的国际公法传统,其观点也更容易为国际法学界所接受。

科斯肯尼米的《从申辩到乌托邦》一书2005年经由剑桥大学出版社再版以后,在欧洲国际法学界引发了极大的震动,这也引发了学界对不确定性议题不同的学术回应。第一,国际法的不确定性正式回归了实在国际法学的视野,并获得系统深入的考察,凯尔森的学术传统得到重视。^[19]第二,法律语言的不确定性进入国际法讨论的视野,持建构主义立场的学者在此基础

[16] See Myres S. McDougal, "International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception," *Recueil des Cours*, Vol. 82, 1953, p. 155.

[17] See David Kennedy, *International Legal Structures*, Nomos; Baden-Baden, 1987.

[18] See Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

[19] See Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London: Routledge, 2011.

上进一步引入了解释共同体的概念,试图以此克服国际法的不确定性概念。^[20] 条约解释被视为是一个多方主体对条约的含义开展语义斗争(semantic struggle)的持续政治法律过程。^[21] 第三,持马克思主义立场和第三世界国际法方法的学者,对国际法的不确定性概念进行了历史唯物主义和政治经济学批评。例如,第三世界国际法方法学者契姆尼(B. S. Chimni)提出,国际法的不确定性总是偏好强国,不利于发展中国家。^[22]

过去二十多年间,国际法的不确定性已经上升为欧洲学界理论探讨的基础性议题。从研究内容来看,国际法的不确定性问题获得了全面的解析,国际法的结构不确定性、语言不确定性、学说不确定性,^[23]都一一受到了理论检视。这大大拓展了学界对于不确定性认识的理论深度。从知识渊源来看,国际法不确定性问题探讨起源于欧洲学界对于美国批判国际法学知识的引入,一定意义上是一场沟通美国与欧洲国际法学的思想对话,扩大了跨大西洋国际法精英之间在新的历史社会条件下的共识和对话的基础。从学术影响来看,这场讨论不仅打破了国际法学界长期以来对于国际法不确定性所采取的游移和回避态度,而且开启了新的理论方向和研究方法。这场讨论也宣告了一战之后开启的去政治化、规则主义、以法院为中心的传统国际法理论的衰落。

三、不确定性的绝对化理论及其反思

对国际法不确定性的程度,学界有不同的立场,大致可以分为绝对不确定性和相对不确定性。绝对不确定性,又称激进不确定性(radical indeterminacy),以肯尼迪和科斯肯尼米为代表的批判国际法学者即持此立场,认为国际法的不确定性是结构性的、绝对的、不可克服的。

(一) 科斯肯尼米的结构不确定性

批判法学是从国际法的深层结构来探讨国际法的不确定性,认为国际法的不确定性是来源于其论辩结构,因此又称为结构不确定性。鉴于科斯肯尼米对于国际法结构不确定性的探讨最为深入透彻,下文重点阐释科斯肯尼米的基本观点。

第一,国际法的客观性要求国际法既是规范的(normative),以区别于纯粹的国家行为、意

[20] See Jean d'Aspremont, *Epistemic Forces in International Law: Fundamental Doctrines and Techniques of International Legal Argumentation*, Cheltenham: Edward Elgar, 2015, pp. 219–222; Andrea Bianchi, “Epistemic Communities,” in Jean d'Aspremont and Sahib Singh (eds.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, Cheltenham: Edward Elgar, 2019, pp. 251–266.

[21] See Ingo Venzke, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Changes and Normative Twists*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

[22] See B. S. Chimni, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 334.

[23] 类似的分类, see Severin Meier, *Indeterminacy of International Law?*, Zürich: Sui Generis, 2021.

愿和利益,又是具体的(concrete),以区别于自然道德或者理性。国际法离不开对国家实践和意愿的考察,但是又不能完全从属于国家实践和意愿,否则就纯粹只是对国际社会生活的社会学描述,沦为对国际政治的辩护;但国际法又不能纯粹只是道德原则或者理性演绎,否则就会脱离实际,成为乌托邦。^[24]从逻辑上来说,上述两个要求之间是相互矛盾和彼此抵消的,国际法不可能同时实现规范性和具体性,因此客观性是难以实现的,不确定性才是国际法的固有属性。

第二,国际法的论辩方式存在着一个二元对立的内在的结构。一个是自下而上,从国家行为、意愿和利益出发,有关具体性的归纳式论辩模式;另外一个自上而下,从道德和价值出发,有关规范性的演绎性论辩模式。这两个论辩模式是相互对立和背反的,任何有关国际法立场的论辩必然是从上述两个模式选择一个。^[25]但是任何一个模式又无法提供完全的辩护,在实践中又不得不同时去采取另外一个论辩模式。因此,科斯肯尼米强调国际法论辩结构的辩证性。^[26]

第三,国际法论辩的矛盾性结构允许各方都运用国际法为自身的立场辩护,一方诉诸规范性,另外一方则诉诸具体性,反之亦然。国际法的论辩结构使得任何一方的国际法立场都很容易遭到相反主张的批评,不同的解决方案在法律理由上都是同等成立的,这使得国际法既无法有效地约束国家行为,同时也不能为国家行为提供充分的正当性理由。^[27]“通过描述支撑国际法论辩生产的规则,《从申辩到乌托邦》致力于将国际法职业从虚假的必然性(false necessity)中解放出来。”^[28]

第四,国际法的不确定性并非是外在的,而是内在于国际法自身,根植于国际法背后的自由主义政治学说(liberal doctrine of politics)。^[29]科斯肯尼米特别强调,国际法的不确定性并非源于国际法语言的不确定性,即便语言的不确定性消除,也不可能消除国际法的不确定性。^[30]国际法的不确定性也无法从现有的国际法学说内部予以解决。

第五,国际法的成功之处就在于它的形式主义和不确定性,拒绝为未来的争端确立明确的答案,使得争端各方都可以诉诸同一个法律概念和范畴来为自身的立场辩护。科斯肯尼米批评说:“现代国际法是一个精致的框架,将实质性问题的解决推向他处:程序、

[24] See Koskenniemi, supra note 18, pp. 17–19.

[25] See Koskenniemi, supra note 18, pp. 67–69.

[26] See Martti Koskenniemi, “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx?” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2, 2004, pp. 229–246.

[27] See Koskenniemi, supra note 18, p. 67.

[28] Koskenniemi, supra note 18, p. 572.

[29] See Koskenniemi, supra note 18, pp. 61–70.

[30] See Koskenniemi, supra note 18, p. 596.

解释、公平、语境等等。”^[31]

第六,国际法的不确定性从国际法学说拓展到国际机构。在《欧洲国际法杂志》二十周年纪念的时候,科斯肯尼米对国际法的不确定性问题再次进行了反思。他认为,国际法的政治正在从主权国家转向人权、环境、贸易、裁军等功能性体制(functional regimes),各个功能性体制下的话语是不确定的,而最终结果往往偏向于居于决策地位的群体。^[32]

在科斯肯尼米看来,国际法的不确定性是由自由主义政治理论内在的悖论性质决定的。他甚至认为,此种悖论存在于整个西方当代社会科学,因为这涉及哲学认识论上的事实与规范、理念主义与现实主义的内在矛盾。^[33]这也就导致国际法的不确定性是结构性的、绝对的和不可调和的。任何形式的调和都只是临时性的安排,无法从根本上解决国际法的不确定性问题。

(二)对绝对不确定性之批判:虚假的偶然性

国际法绝对不确定性的理论,遭到了马克思主义学者和第三世界国际法方法学者的批评。前者质疑绝对不确定性理论背后的研究方法,后者质疑绝对不确定性所遮蔽的政治经济学问题,在诸多理论立场上两者存在高度一致性。

在方法上,国际法的绝对不确定性被认为是唯心主义的。批评意见认为,科斯肯尼米对于国际法不确定性的论断纯粹只是对国际法话语实践的哲学分析,没有考察自由主义悖论之下的政治经济结构,陷入了唯心主义。^[34]这种方法是去历史的(ahistorical),使抽象概念凌驾于现实生活本身,因此科斯肯尼米也就无从解释这些国际法概念和形式的来源及其在法律实践中的韧性。^[35]与此同时,科斯肯尼米认为国际法的不确定性来源于自由主义政治理论的悖论,却没有说明自由主义如何生成了国际法的论辩结构的悖论。^[36]科斯肯尼米也没有解释为何国际法体系必然是基于自由主义理论的。

在性质上,国际法的绝对不确定性被认为是虚假的。英国伦敦政治经济学院国际法教授苏珊·马克斯(Susan Marks)认为,国际法的结构不确定性不过是一种虚假的偶然性(false contingency),国际法形式上是不确定的,但是在实践中却是确定地为霸权国家的

[31] Martti Koskenniemi, “The Politics of International Law,” *European Journal of International Law*, Vol. 1, No. 1, 1990, p. 28.

[32] See Martti Koskenniemi, “The Politics of International Law—20 Years Later,” *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, 2009, p. 9.

[33] See Koskenniemi, *supra* note 18, pp. 516—518.

[34] See China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden: Brill, 2005, pp. 53—54, 59.

[35] *Ibid.*, p. 59.

[36] See Miéville, *supra* note 34, p. 54.

权力和利益服务。^{〔37〕} 钱纳·米维埃尔(China Miéville)博士也持同样的意见,认为法律规则的内容取决于国家间的斗争,实质上国际法总是偏好强国。^{〔38〕} 安东尼·安吉(Antony Anghie)和契姆尼也回应说,国际法的含糊性和不确定性总是通过诉诸宽泛的法律原则、政策目标和社会语境来加以解决,而这些法律原则、政策目标和社会语境又总是被殖民主义的观点和概念所塑造。“这也是为什么不确定性朝着不利于第三世界利益的方向去运行。”^{〔39〕}

在逻辑上,绝对不确定性理论对待国际法的态度也存在着自相矛盾的地方。一方面,科斯肯尼米主张国际法由于内在矛盾结构而有着不确定性,因此国际法的概念体系没有能力解决其所面临的问题。^{〔40〕} 另一方面,科斯肯尼米又反对法律虚无主义,坦言对国际法律人抱有特别的信念,主张国际法律人应当秉持正直和责任,承担社会行动者角色,直面冲突和矛盾,在实践中改造世界。^{〔41〕} 这两个方面的主张被认为是相互冲突和自我否定的(self-defeating)。^{〔42〕}

结构不确定性理论的着眼点是法律论辩在形式逻辑上的自相矛盾、相互抵消,因此绝对不确定性在抽象和形式逻辑的意义上是成立的。理论上,一项国际法规则可以被赋予完全相反的解释。但是,一旦进入具体的机构、制度、学说和决策,国际法在抽象意义上的不确定性就会坍塌,从而获得具体的含义、表现出确定的性质。这种确定性可以来自于语言束缚、机构偏好、学者共识或者霸权压迫等多种不同来源。抽象地谈论国际法结构的不确定性,脱离了国际法作为一门实践学科的性质。国际法绝对不确定性理论的提出,是披露自由主义理论内部所蕴含的结构性矛盾,为改造自由主义秩序和国际社会结构做努力。但是,由于社会改革方案的缺乏,国际法的绝对不确定性显得镜花水月。^{〔43〕} 从实际效果来看,不仅没有能够反对霸权,还有可能为霸权的任意妄为提供理论正当性。^{〔44〕}

〔37〕 See Susan Marks, “False Contingency,” *Current Legal Problems*, Vol. 62, No. 1, 2009, pp. 1–21.

〔38〕 See Miéville, *supra* note 34, p. 151.

〔39〕 Antony Anghie and B. S. Chimni, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts,” *Chinese Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, 2003, p. 101.

〔40〕 See Koskenniemi, *supra* note 18, p. 533.

〔41〕 See Koskenniemi, *supra* note 18, pp. 533–561.

〔42〕 See Miéville, *supra* note 34, pp. 56–57.

〔43〕 参见哈佛大学昂格尔教授对激进不确定性的批评,Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, London: Verso, 1996, p. 121.

〔44〕 例如,国际法的法律经济学学者强调国际法的不确定性,试图用经济理性来替代国际法的约束力,并以此边缘化国际法。See Jack L. Goldsmith and Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

四、相对不确定性理论及其应对

相对不确定性理论认为,国际法由于语言的开放性、学说的不确定性、国家实践的分歧等问题,其体系存在一定程度的不确定性;但是国际法的不确定性并不绝对,在实践中可以通过法律技术加以克服。相对不确定性的提出,是学界试图将不确定性转化为国际法内部可控因素的学术努力,也是当前欧洲国际法学界的主流理论。

(一)语言的开放性

凯尔森早在1939年就注意到了语言的模糊性,他批评《国际联盟盟约》的条文起草得不够精确和限定,给国际联盟的有效运行带来了困扰。^[45]在凯尔森看来,国际法的不确定性部分地是由于法律条文的表述存在含糊不清的方面,部分地是由于国家本身实践和立场的分歧。^[46]20世纪五十年代,政策定向学派从语言学出发,也强调国际法语词存在规范模糊性。^[47]

随着国际法的不确定性讨论的深入,语言的开放性日益受到重视。哈特在《法律的概念》(1961年)中提出,法律语言本身具有开放结构(open texture),法律语词的意义有一个确定的核心(core of settled meaning),^[48]同时也有一个边缘的不确定性(penumbra of uncertainty)。^[49]他进一步说:“在每一个法律体系中,很多重要领域都留给法院和其他官员来行使裁量权,以便使初始含糊的标准变得确定,或解决成文法的不确定性,或发展和限缩由权威先例所宽泛传达的规则。”^[50]这一立场获得了不少国际法学者的借鉴。国际法语言的不确定性被认为是边缘的,并不妨碍识别、确定和适用法律规则,可以由内在于法律体系的裁量权来予以补救。^[51]

(二)国际法的学说不确定性

国际法在内容、规则、体系方面也存在不确定性,本文称之为国际法的学说不确定性。第一,国际法在识别方面存在不确定性。国际法的形式渊源包括条约、习惯和一般法律原则。但是,国际法每个渊源类型都充满着争议和不确定性。以习惯国际法为例,何为国家实践、何为法律确信、证成习惯法的门槛多高、是否存在不同种类的习惯、是否

[45] See Kelsen, *supra* note 14, pp. 16–18.

[46] See Kelsen, *supra* note 15, pp. xiii–xvii.

[47] See McDougal, *supra* note 16, p. 155.

[48] See Hart, *supra* note 4, p. 144.

[49] See Hart, *supra* note 4, p. 134.

[50] Hart, *supra* note 4, p. 136.

[51] See Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of Ascertainment of Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 140–141.

存在多样化的习惯国际法识别方法、是否存在即时习惯等等,这些习惯国际法的核心问题,无一不是存在着重大争议的。第二,国际法规则之间的关系存在不确定性。对应每一项法律规则,都必然存在一项相反规则。^[52] 国际法作为一个法律体系,在其适用过程中也必然涉及规则竞合和效力等级的问题。但是,即便对于特别法优于一般法这样看似简单的规则,何谓一般、何谓特别也充满着不确定性。^[53] 根据《维也纳条约法公约》,强行法效力高于与其相冲突的条约法规则,但是强行法的范围本身就是存在不确定性的。^[54] 国际法缺乏一个使得国际法体系内部秩序化、等级化的规则,导致国际法在适用过程中充满不确定性。第三,国际法规则在实体内容方面存在不确定性。由于国家实践稀少或者国家立场对立,很多问题上的实体国际法规则存在着高度的不确定性。例如,国际法是否允许预防性自卫,不仅国家之间立场高度对立,学界也存在着严重分歧。

(三)相对不确定性的克服:诉诸解释共同体

20世纪九十年代初,在国内法学理论影响之下,为了回应政策定向学派的理论挑战,少数美国国际法学者借用文学理论家和法学家斯坦利·费什(Stanley Fish)的解释共同体(interpretive community)的概念,来讨论条约解释问题。1991年伊恩·约翰斯顿(Ian Johnstone)发表了《条约解释:解释共同体的权威》一文,首次在国际法学领域引入费什的解释共同体的概念,试图用文学理论中的解释共同体来系统阐释国际条约的解释问题。他认为,条约解释既不受文本约束,也不受语境约束,而是受到解释共同体共同信念和理解的支配。^[55] 1993年哈佛大学法学院教授德特勒夫·瓦茨(Detlev F. Vagts)在一篇探讨条约解释方法的论文中也援引了费什的解释共同体,但是并未深入阐述。^[56]

21世纪初,随着不确定性的讨论在欧洲学界不断深入,一些国际法学者开始转向建构主义理论,解释共同体的概念再次受到了国际法学界的重视。瑞士日内瓦国际关系及发展高等学院国际法教授安德里亚·比安奇(Andrea Bianchi)借用解释共同体的概念来讨论国际法的不确定性问题。他既反对国际法的确定性,同时又反对国际法的不确定性,认为国际法内容是

[52] See Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication," *supra* note 5, p. 1700.

[53] See International Law Commission (ILC), "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi," UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006, <https://digitallibrary.un.org/record/574810>, last visited on 27 June 2022.

[54] See Vaughan Lowe, *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 76.

[55] See Ian Johnstone, "Treaty Interpretation: The Authority of Interpretive Communities," *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 1991, pp. 371-419.

[56] See Detlev F. Vagts, "Treaty Interpretation and the New American Ways of Law Reading," *European Journal of International Law*, Vol. 4, No. 4, 1993, pp. 472-505.

由解释共同体在一个特定的语境下决定的。^[57] 第一,比安奇认为,国际法语言的含义是由语言实践和语境共同构建的。“换言之,正如钱姆·佩雷尔曼(Chaim Perelman)曾经说过的,一个文本之所以清晰并非是因为它的含义是无可争议的(uncontraversial),而是因为这个文本没有被争论(uncontested)。”^[58] 第二,语词的解释需要诉诸语境,这个语境不仅包含了外部语境,也包含了解释者本人的内在语境,包括过去的经验、知识、前见等等。这个内在语境构建了一个沟通结构,使得解释者可以去除文本的含糊性。^[59] 第三,国际法的不确定性和偶然性仅仅是说法律语言本身不能决定,并不妨碍不同行为者在具体的语境下确定法律的含义。^[60] 国际法的不确定性仅仅是在一个绝对的抽象意义上才是成立的。第四,法律解释应当从文本转向与解释有关的行动者,是由解释共同体来决定何种解释是可接受的,何种解释是不可接受的。^[61] 第五,关于何为国际法的解释共同体,比安奇认为既可以涵盖全部国际法律人,也可以仅包括某个特定部门的国际法律人。在他看来,国际法上有关武力使用规则的不确定性,是由于解释共同体内部对武力使用规则问题缺乏共识。^[62]

诉诸解释共同体的概念,是国际法学界在回应国际法不确定性方面所做出的重要努力。^[63] 国际法规则的意义并非由国际法文本所决定,而是由国际法解释共同体来确定的,因而不是任意的或者不确定的。从方法论来看,这个路径放弃了对国际法话语的本质主义的理解,从文本和语境最终转向机构和解释者,这是一个重大的方法论转变。这个路径试图诉诸国际法律人所共享的文化特性和专业话语,来维持国际法的确定性、可知性,坚持国际法在规制国家间关系方面的可预见性。

但是这个路径也存在着不少问题。首先,解释共同体的概念和范围存在着争论。解释共同体的范围有多大,进入门槛是什么,国际法学界缺乏共识。其次,不同的解释共同体之间对于法律规则的解读可能是冲突的,而解释共同体理论无法解决冲突问题。^[64] 国际法的碎片

[57] See Andrea Bianchi, “Textual Interpretation and (International) Law Reading: The Myth of (in) Determinacy and the Genealogy of Meaning,” in Pieter H. F. Bekker, Rudolf Dolzer and Michael Waibel (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 34–55.

[58] Ibid., pp. 40–41.

[59] See Bianchi, *supra* note 57, p. 41.

[60] See Bianchi, *supra* note 57, p. 50.

[61] See Bianchi, *supra* note 57, p. 54.

[62] See Bianchi, *supra* note 20, p. 262.

[63] 达斯普勒蒙曾经也持该立场, see d’Aspremont, *supra* note 20.

[64] See Ingo Venzke, “Sources in Interpretation Theories: The International Law-Making Process,” in Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 418.

化同时也可能带来解释共同体的碎片化,^[65]导致国际法难以通过解释共同体的一致意见来维系确定性。最后,对于解释共同体所带来的确定性程度,学者意见也并不一致。约翰斯顿认为,解释共同体共享了很多学科假定和前见,这仅仅决定了何种形式的国际法论辩是可以被接受的。^[66] 而比安奇则似乎认为,解释共同体对国际法的实质问题可以达成一致意见,进而带来国际法的确定性。

解释共同体这个方案强调国际法律人的国际维度,^[67]过高估计了国际法解释共同体的内在一致性,而忽视了国际法律人的政治、行政和文化身份。这个方案是在西方世界对于国际法的解释共同体在人数和影响力方面占据绝对主导权的背景之下提出来的。由于国际法不确定性的存在,使得国际法的决策者在国际法的运行过程中占据中心地位,西方国家在国际法解释共同体中占据多数,事实上也加剧了西方的国际法话语霸权。对于发展中国家而言,如何认识、理解和制约国际法的不确定性,如何扩大发展中国家的国际法话语权,仍然是一个有待进一步探索的课题。

五、不确定性与国际法研究范式的转变

在经过多年的学术论争之后,国际法的不确定性已经被接纳为国际法学界的主流观点。^[68] 以肯尼迪、科斯基尼米为首的批判国际法学所开启的这场讨论,对整个国际法学界带来了革命性的影响。国际法学界在理论立场和研究风格上发生了重大变化,国际法研究范式正在迅速转变。^[69]

国际法的不确定性带来的第一个直接影响,是使得主体间性(intersubjectivity)成为国际法研究的前置问题。国际法的主体间性问题,在根本上是国际法在现代性下的产物。传统上,国际法的主体间性问题为国际法的西方中心主义所掩盖。传统国际法并非不存在主体间性,而是由于西方对于国际法话语权的把控,足以把西方的国际法解释上升为普遍有效的解释并予以强制实施,排斥和压制非西方的立场和观点。传统国际法的

[65] See Michael Waibel, "Interpretive Communities in International Law," in Andrea Bianchi, Daniel Peat and Matthew Windsor (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 147-165.

[66] See Ian Johnstone, "The Power of Interpretive Communities," in Michael Barnett and Raymond Duvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 185-204.

[67] 例如瓦茨认为各国国际法精英的国际同行团结(international collegiality)可以使他们摆脱本国国内的解释共同体的一致意见。See Vagts, *supra* note 56, p. 480.

[68] See Venzke, *supra* note 21, pp. 46-48.

[69] 关于范式的讨论, see Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1962.

一个突出特征就是西方中心主义。国际法的话语始终系统性地掌握在西方的政治精英和国际法精英手中,最终导致国际法运行结果几乎总是偏好西方的利益、价值和诉求。^{〔70〕} 主体间性问题的提出,正是反对国际法虚假的普遍主义、消解国际法西方中心主义的契机。

国际法的不确定性带来的第二个影响,是对国际法与政治之间关系的重构。传统国际法严格区分政治和法律,政治的特点是任意、专断、无序、冲突和等级,而法律的特点是规则、理性、秩序、和平与平等。国际法的身份是构建在与国际政治相对比的意识形态基础之上的。^{〔71〕} 国际法的发展,被认为是一个国际法持续驯服国家主权的过程,一个国际法不断征服国际政治的过程,^{〔72〕}也是国际社会不断走向文明化的过程。^{〔73〕}

但是随着国际法的不确定性走上前台,国际法和政治的截然两分不再能维持,国际法的运行过程本身是一个政治竞争和决策过程。实在国际法学者试图把政治从国际法领域中驱逐,也不过是一种去政治化的政治而已。^{〔74〕} 实在国际法学者也不过是将自身的立场、价值和偏好隐藏在貌似客观中立的形式主义的规则之后。国际法的不确定性充分表明了这种去政治化的策略已经走到尽头。国际法学研究需要直面国际法的政治性,需要将原本通过形式规则掩盖着的政治社会问题,例如霸权、贫困、疾病、种族主义等问题纳入公共讨论。^{〔75〕} 从政治的视角来看待国际法,是在亚里士多德传统的意义上看待政治,将政治视为公共行为,政治是“道德的、健康的甚至是高尚的行动”。^{〔76〕} 因此,将政治重新引入国际法,并不是坏事。这有助于使得国际法成为一个更有现实关切、更有政治相关性、更有责任担当、也更有公共性的学科。

国际法的不确定性带来的第三个影响,是国际法的形式主义传统正在快速地衰落。传统

〔70〕 See Martti Koskenniemi, “Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism,” *Rechtsgeschichte*, Vol. 19, 2011, pp. 152–176.

〔71〕 参见陈一峰:“国际关系与国际法:不可通约的跨学科对话?”,《中国法律评论》2021年第3期,第116–126页。

〔72〕 See Koskenniemi, *supra* note 31, p. 5.

〔73〕 See Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

〔74〕 See Benedict Kingsbury, “Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim’s Positive International Law,” *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 2, 2002, pp. 401–436.

〔75〕 See Nigel Purvis, “Critical Legal Studies in Public International Law,” *Harvard International Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 1991, pp. 116–118; Martti Koskenniemi, “The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics,” *Modern Law Review*, Vol. 70, No. 1, 2007, pp. 1–30.

〔76〕 Andrew Heywood, *Political Theory: An Introduction (Third Edition)*, New York: Palgrave Macmillan, 2004, p. 57.

国际法学将国际法定义为一套支配国家间关系的有法律拘束力的规则。^{〔77〕} 国际法的形式主义传统很大程度上源于19世纪下半叶国家间仲裁和20世纪初国际司法机构的兴起。渊源学说,是传统国际法学最重要的学说。^{〔78〕} 通过对国际法渊源的正确适用,各国都可以识别、确定和阐明国际法规则,区分实然法与应然法,区分法律规范和非法律(non-law)规范。在此意义上,国际法被视为一门科学。^{〔79〕} 不确定性的提出,急剧地重塑着国际法渊源学说。国际法的政治不仅仅限于国际法的生成过程,而是贯穿了国际法的解释、适用、执行的全过程,因此国际法渊源学说仅仅是政治的开始,而不是政治的终结。国际法渊源学说的意义在于为国际社会提供了什么是有效的法律的一个论辩平台。

国际法的不确定性带来的第四个影响,是论辩主义在国际法学研究领域的迅速崛起。论辩理论的引入,可以说是过去二十年西方国际法学界最引人瞩目的学术动态。科斯肯尼米主张:“国际法是一种论辩实践,旨在对诸如法院、同行、政治家和法律文本读者这样的目标群体,说服其所辩护的立场的法律正确性,即合法性、正当性、正义性、被允许性、有效性(validity)等。”^{〔80〕} 论辩主义的视角消解了国际法的确定性、客观性和普遍性。国际法不再被视为规则,而是有关合法/非法的论辩实践,是试图将个别性的解释强化、推广并试图说服或者强迫他者接受的政治社会过程,是有关世界构建及其权力分配的语词战争(wordfare)。^{〔81〕} 论辩的视角承认国际法规则在适用中的语义开放性,关注多元主体对国际法规则不同解释之间的竞争和对抗关系,关注各主体在争夺解释权方面采取的各种法律、政治和技术性策略。

总结来说,对于国际法的不确定性的探讨,很大程度上重塑了国际法学研究的范式、方法、风格和学术版图。以绝对真理作为哲学基础、确认实然法规则作为基本形式、探寻客观真意作为研究方法的传统国际法研究发生了深刻的方法论乃至本体论的危机。通过对国际法的不确定性的探讨和吸纳,国际法的政治维度重新被引入国际法研究,使得国际法研究在理论视野上更加开放、在方法上更加跨学科、在政治上愈发注重国际法学科对社会生活的回应,这在很大程度上修正了长期以来国际法学研究的形式主义传统。

〔77〕 See Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law (Ninth Edition)*, London: Longman, 1992, p. 4.

〔78〕 See d'Aspremont, supra note 51; Hugh Thirlway, *The Sources of International Law (Second Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

〔79〕 See L. Oppenheim, "The Science of International Law: Its Task and Method," *The American Journal of International Law*, Vol. 2, No. 2, 1908, pp. 323-324.

〔80〕 Martti Koskeniemi, "Methodology of International Law," in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1440>, last visited on 1 May 2022.

〔81〕 See Jean d'Aspremont, "Wording in International Law," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, No. 3, 2012, p. 576.

六、面对不确定性的国际法治建设

不确定性是国际法的结构性特征。国际法不确定性的原因是多元的,既来源于各国政治上的分歧与对立,也来源于国际法学说的模糊性和国际法规则之间关系的不明确性,此外还来源于国际法语言本身的开放性。并且,由于国际社会缺乏中央化的权威机关,国际法的不确定性被进一步放大。在国际社会的去中央化属性发生根本性变革之前,国际法的不确定性必然是长期的、难以在根本上被全面克服的。

面对国际法的不确定性,传统国际法治理论遭遇着深刻的危机,亟待理论重构。^[82] 传统国际法治理论是西欧学者基于在一战二战欧洲社会所遭遇的重大灾难,并借鉴国内自由主义法治理论所提出来的。这样的国际法治理论建立在法律与政治严格区分的基础上,寄希望于多边条约的制定、国际法的编纂、国际组织的广泛建立以及国际司法机构的扩张,以实现法律对国家权力的约束。^[83] 近年来随着欧洲国家国内民族主义的兴起、美国霸权主义的加剧、新兴国家的经济成长,传统国际法治面临的挑战变得更加尖锐。建立在西欧历史经验之上的、以自由主义政治理论为基础的国际法治理论正在迅速衰落。^[84]

面对不确定性,中国学界应当致力于构建新的国际法治理论。新的国际法治理论应当基于长期以来非西方国家被国际法所排斥、否定和边缘化的历史经验,它所要处理的社会政治图景是国际社会的非法干涉、滥用武力、单边制裁、经济不平等、全球贫困、技术垄断等实质问题。^[85] 国际法的不确定性表明,国际法规则制定的那一刻并不意味着政治的退场,更不意味着国际法治本身。应当将国际法的制定、解释和实施都视为是有关国际社会价值、利益、分配等基本问题进行公开讨论和决策的政治过程,在这个过程中坚持民主、包容、公开、透明等程序性原则,在结果上追求公平正义。国际法治是国际社会通过法律话语和机构实践反对大国霸权、推行国际民主、追求国际公平正义的一个持续政治过程。

[82] 国际法的完整性和确定性被认为是国际法治的基本要求。See Arthur Watts, “The International Rule of Law,” *German Yearbook of International Law*, Vol. 36, 1993, pp. 27–29.

[83] See Lauterpacht, *supra* note 10; James Crawford, “International Law and the Rule of Law,” *Adelaide Law Review*, Vol. 24, No. 1, 2003, pp. 3–12; Simon Chesterman, “An International Rule of Law?,” *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 2, 2008, pp. 331–362.

[84] 有关自由主义国际法治理论的内在悖论与当下面临的问题, see Anne Orford, “A Global Rule of Law,” in Jens Meierhenrich and Martin Loughlin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 538–565.

[85] 在此背景下,《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于促进国际法的声明》(2016年6月26日)很大程度上体现了两国对于国际法治的基本立场,载中华人民共和国外交部官网, https://www.fmprc.gov.cn/nanhai/chn/zcfg/201606/t20160626_8523564.htm, 最后访问日期:2022年5月1日。

新的国际法治理论绝非意味着要贬低或者抛弃国际法规则。形式主义仍然是重要的、有意义的,形式主义可以用于固定和确立国际社会的基本共识,约束大国霸权的任意和专断,即便此种固定和约束都是不完满的、甚至是转瞬即逝的。不仅如此,国际法的形式提供了一个平台,允许各方都可以诉诸国际法参与有关实质问题的公共辩论,^[86]即便各方参与辩论并最终影响决策的能力是不平等的。同时,国际法的形式还为国际论辩提供了基本的话语词汇和认识框架,即便国际法的形式本身可能是存在偏见和不足的。国际法的形式仍然构成了国际法治建设有益的起点。^[87]

中国学界也迫切地需要重构国际法学科的边界、架构和愿景。如果说在20世纪初国际法学科的努力方向是科学化、技术化、去政治化,那么在21世纪的今天,国际法学科则应当致力于重构国际法的政治相关性、跨学科化以及强化国际法在国际社会变革与治理中的中心地位。在学科边界上,国际法学应当建构一个有着多学科、宽基础、视野开阔的有关国际研究的法学知识体系。国际法学也不能满足于仅仅探讨国际法的技术问题,需要追问国际法背后的政治经济学问题,探讨国际法在构建国际秩序方面的意义与限度。

在方法上,随着形式主义法治理论的衰落,中国学界有必要开展深度的国际法跨学科研究。^[88]不论是在欧洲还是美国,跨学科方法正在成为国际法学研究的主流。美国学界注重实证研究、经济学分析,对国际法的规范性持怀疑主义和工具主义的态度,更多是从外部视角对国际法进行跨学科研究。而欧洲学界则是在坚持法治主义基础上,与人文社科相结合,特别是注重国际法与历史、哲学、人类学、语言学等学科相结合,更多试图从内部视角来拓展和丰富国际法。开展跨学科研究,毫无疑问需要国际法学者走出舒适区,需要开阔的理论视野和强大的跨学科研究能力,这对国际法学者提出了全新的知识挑战。

在不确定性条件下追求国际法治,也对我国国际法人才的培养提出了新的要求。国际法人才的短缺正在成为制约我国深度参与全球治理的瓶颈,国际法人才培养正在成为我国法学教育的新课题。^[89]我国现有的国际法人才培养项目,单纯以法律技术作为知识底色培养国际法人才,培养对象往往缺乏运用跨学科知识来处理复杂国际问题的综合能力。从人才培养

[86] See Martti Koskenniemi, "What is International Law for?" in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law (Third Edition)*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 32-57.

[87] 在批评国际法不确定性的同时,科斯肯尼米也强调形式主义文化对于国际法治的重要性。See Koskenniemi, *supra* note 73, pp. 494-509.

[88] 参见陈一峰:“开展国际法跨学科研究正当其时”,载《中国社会科学报》2022年4月19日,第A08版。

[89] 参见郭雳:“创新涉外卓越法治人才培养模式”,《国家教育行政学院学报》2020年第12期,第38-45页。

的角度而言,有必要加强对哲学、历史、政治学、社会学、人类学、经济学等基础人文社科领域的知识训练,^[90]培养国际法学生在应对国际问题方面的敏锐度、想象力、洞察力、开放性、思辨能力和决策能力。

如何理解和回应国际法的不确定性,如何在不确定性之下构建可信的国际法治理论,如何重构国际法研究的学科边界和正当性,可以说构成了过去二十多年国际法学研究的一条学术主线。国际法的不确定性问题,不仅涉及一系列国际法基本理论问题,也在战略层面带来诸多现实挑战。深入理解国际法的不确定性并善加运用,是中国国际法理论和战略的新课题,本文旨在抛砖引玉,期待引发学界对相关问题的进一步探讨。

Abstract: With the rise of critical international legal studies, indeterminacy thesis had brought fundamental challenges to traditional theories of international rule of law. Structural indeterminacy, linguistic ambiguities and doctrinal uncertainties all contest the determinacy of international law. An important line of international legal scholarship during the past two decades has been to understand and overcome the indeterminacy of international law and to reconstitute the boundaries and legitimacy of international law as a discipline. Today the issue of indeterminacy is so deeply embedded in international legal studies that it is opening new research paradigm of international law, reshaping the intellectual landscape and academic style, and remaking the vocabularies of international law. With the demise of formalism and resurgence of intersubjectivity, international law is turning to the theory of argumentation. It is necessary for Chinese academia to move beyond the formalistic tradition, search for a new theory of international rule of law based on the historical experiences and political imaginations of developing countries, and actively engage in interdisciplinary studies of international law.

Key Words: International Rule of Law; Indeterminacy; Critical Legal Studies; Formalism

(责任编辑:高 薇)

[90] 近年来国内学界就涉外人才培养方案的讨论很多,主要强调国际法学科的专业性,关注对部门国际法学或者对国际关系、国际经济与贸易等学科的学习,但很少有人提及开展基础的人文社科训练。参见黄进:“完善法学学科体系,创新涉外法治人才培养机制”,《国际法研究》2020年第3期,第7—10页。