

【国际公法】

国际法的碎片化与体系化： 体系思维与方法的运用

黄 炎

【摘 要】伴随逆全球化思潮的蔓延,部分国家逐渐背离多边的国际法律秩序,成文国际法的立法速度开始减缓,国际法碎片化问题趋于严峻。体系思维作为一种将成文法再体系化的方法论,能够在一定程度上弥补制定法碎片化的缺陷,保障国际法秩序的整体一致性和逻辑融贯性。司法实践中,借助法源理论确定国际法律秩序的要素后,需要结合法律发现、法律推理、法律论证等过程将体系思维转变为条约体系解释方法,促使国际法成为具备自我更新和再生能力的法律制度。

【关 键 词】国际法碎片化;逆全球化;体系思维;条约体系解释方法

【作者简介】黄炎,女,安徽安庆人,华东政法大学国际法学院讲师,法学博士,主要研究方向为国际公法。

【原文出处】《法律方法》(京),2022.第2卷.398~413

【基金项目】本文系国家社科基金青年项目“国家控制传染病跨境蔓延的风险预防义务研究(20CFX080)”的阶段性成果。

世界更加互联互通,社会却愈发支离破碎,这是我们正面临的一种悖论。^①

近年,受疫情影响,一些国家政策内顾倾向加重,大国提供国际公共产品的意愿和能力明显减弱。保护主义和“逆全球化”抬头,全球供应链遭受冲击。大国协调难度加大,全球统一规则的制定实施面临更大困难,分领域菜单式合作更加受到青睐,进一步加剧了国际法体系的碎片化。^②部分国家开始对国际条约内容“侵蚀”主权的状况表示担忧。一方面,国际条约的签署和批准程序逐渐受阻;另一方面,通过国际指南、国际宣言等软法文件促成国际合作日渐成为国际治理模式多样性、多元化的自然结果。

逆全球化潮流加剧了本就存在的国际法“碎片化”(fragmentation)问题,进而对国际法律秩序造成一定程度的影响。碎片化是国际社会“功能分化”(functional differentiation)与国际法体系发展的

必然现象。但是,碎片化所引起的国际法规范之间的矛盾冲突也给国际关系增加了不稳定因素,影响国际法体系的效力,这是当前亟待解决的问题。本文提出一种司法定向的思维方式,即通过“体系思维”整合国际法律秩序,进而在实践中结合法律发现、法律推理、法律论证等司法方法将体系思维转化为条约体系解释方法。运用体系思维的意义在于,确保国际争端无论诉诸何种国际法庭,法官所适用的“相关国际法规则”都是一致的。它能够在司法层面实现国际法从碎片化到体系化的转变,是保障国际法体系效力的一种新的径路。

一、逆全球化背景下的国际法碎片化问题

国际法“碎片化”是国际法学界持续讨论的热点理论问题之一。^③基于国际法本身的特质与发展趋势,制定法碎片化问题在相当长的时期内将客观存在。国际法多样化和扩展进程导致国际法

不同规则之间相互分离,影响国际法体系的权威和效力。

(一)国际法碎片化对国际法体系的冲击

“功能分化”是后现代性的重要特征之一。伴随专业性和(相对)自治性的法律规则或规则复合体、司法机构与法律实践领域的出现,社会的功能分化开始在法律层面彰显意义。社会各子系统的日益专业化与相对自主化进程不仅发生在国内社会,同时也因应于国际社会。^④造法性条约倾向于在不同的历史性、功能性和区域性系统中各自发展,这些系统彼此分离,其相互关系在某些方面类似于独立的国内法律体系。^⑤伴随国际法规范领域不断扩大,国际法不同规则之间逐渐分离,缺乏一致性甚至相互冲突,这是国际法“碎片化”的成因。^⑥

国际法对主题事项的“视角转换”与社会学的“功能分化”不谋而合。国际法“碎片化”问题实质是反映了法社会学对全球化社会的一个基本假定,即领土作为社会区分的原则已经为(非领土的)功能性所取代。全球法经历着从领土分化到功能或者说“部门分化”(sectoral differentiation)的过程。^⑦在超国家背景下,创始神话并非产生于全面的国际公法叙事。在各种制度工具中,法律实践的世界正在被分割,以迎合有特殊利益和特殊社会精神的特殊受众。联合国人权体制、WTO 自由贸易体制以及更晚近的全球环境体制都掌握了这种宪法叙事。这些创始神话存在于它们的宪法中心,将它们的“法律生产”(jurisgenerative power)予以正当化。^⑧曾经被“一般国际法”所管辖的对象已成为“国际贸易法”“国际环境法”“国际人权法”“国际海洋法”“欧盟法”“国际投资法”“国际难民法”等专业制度的运作领域。并且,几乎每个国际法分支都有其自身的条约规则,这些条约项下又有着各自独立的争端解决程序,晚近的国际法著作将其称之为“国际司法/仲裁解决机构”(以下简称“国际法庭”)的“扩散化”(proliferation)。^⑨国际法各分支在进行条约制定与机构设计过程中,一定

程度上忽视其他分支的造法活动以及国际法的一般原则与实践。

国际法“碎片化”对国际法体系造成冲击的典型案例是2001年“MOX 核废料加工案”。“MOX”是位于英国谢菲尔德靠近爱尔兰海的核废料加工厂,主要业务是将核反应堆使用过的废料再生产为一种混合燃料。爱尔兰政府认为英国方面未对MOX 核废料加工厂实施环境影响评价,导致核废料和放射性物质经海上运输活动对爱尔兰构成潜在威胁,从而违反了《联合国海洋法公约》(以下简称《海洋法公约》)项下的跨界环境影响评价义务与《东北大西洋海洋环境保护公约》(以下简称《OSPAR 公约》)项下的信息交流义务。该案的特殊之处在于,同一项争端被诉诸三类独立的国际司法/仲裁程序,分别是:依据《海洋法公约》附件七所设立的仲裁程序(爱尔兰 V. 英国),《OSPAR 公约》项下的仲裁程序(爱尔兰 V. 英国)以及《欧共体公约》和《欧洲原子能共同体公约》项下的欧洲法院司法程序(英国 V. 爱尔兰)。^⑩显然,该案涉及海洋环境保护问题,是具有普遍约束力的《海洋法公约》和区域性的《OSPAR 公约》的管辖事项,同时又涉及欧共体国家间的关系,属于《欧共体公约》和《欧洲原子能共同体公约》的管辖范畴。由于“各自背景、宗旨、当事方的准备工作及后续行为之不同”,^⑪国际法庭就相同争端所适用的条约规则并不一致,导致“同案不同判”的结果,继而影响国际法的确定性。

在现代国际法体系中,新的特殊类型的国际法分支愈来愈倾向于建构一种“自足制度”(self-contained regime),将自身独立于其他国际条约体系。例如,WTO 作为以促进自由贸易为宗旨的国际组织,向来就“能否借助国际环境条约解释 WTO 涵盖协定”的问题十分谨慎。尽管其在平衡贸易与环境方面已做出较大努力,但也不能期待其为保护环境而牺牲自由贸易。就此,WTO 涵盖协定实际上是一个相当“自足的”“封闭的”条约系统。在国际法诸多分支领域中,各类国际条约都

具有精细的目标与宗旨,各自推崇不同甚至相互冲突的法律原则。很多时候,新的国际法规则或制度正是为了偏离一般法律规则而制定的。当这种偏离变得普遍和频繁时,国际法的体系性就会受到损害。

(二)逆全球化潮流加剧国际法碎片化倾向

全球化的开端最早可以追溯至公元15世纪的“地理大发现”,而以国际贸易、国际投资在全球范围内流动为特征的真实意义上的全球化兴起于20世纪下半页,其进程深刻影响着世界各国的经济、政治、文化、社会等领域的变迁。然而,日渐兴盛的全球化浪潮在2008年金融危机后开始遇阻。随着全球投资与贸易两大经济增长引擎的收缩以及失业率的激增,世界经济逐渐走向全面衰退并陷入结构性低迷。一种对全球化悲观失望的情绪不断蔓延。作为一个与“全球化”相对的概念,“逆全球化”主要是指与市场、资本等要素在全球层面加速一体化的全球化进程背道而驰的现象,^⑫包含由全面开放退回到有条件开放,甚至封闭的过程。其实质是全球治理机制的失灵与危机,是反全球化潮流在国际政治经济层面的表现。由此,“主导性的自由秩序可能将被一种充满竞争的民粹主义所取代”^⑬。

在国际法层面,“逆全球化”主要表现为部分主权国家对于国际法律秩序的背离。其一,国际条约的编纂进程日益受到逆全球化浪潮的阻力。联合国成立70年以来,之所以能够“在解散的不断威胁下”趋于整体进步,并一直维持着世界整体的和平,从法律上说,其原因就在于它一开始就在其宪法性文件——《联合国宪章》中确立了“共存”国际法、“合作”国际法和“人权”国际法的体系性存在,并在以后的实践中不断充实着它们的内容,从而为联合国实现其三大核心价值——安全、发展与人权,提供了比较完整的规范体系。^⑭然而,“国际法委员会”作为专门从事国际法编纂的联合国分支机构,正面临条约立法速度放缓甚至停滞的局面。目前,国际法委员会共有9项工

作议题。其中,在“国家官员的刑事豁免”议题方面,各国政府仍在特别报告员报告的基础上就“国外官员刑事豁免的限制和例外条款”进行争论;“与条约解释有关的嗣后协议及实践”议题在2008年就已启动,但至今尚未开展草案的“二读”工作,“反人类罪”议题也面临同样的困境。

其二,已经完成起草程序的条约往往因批准或加入的国家数目欠缺而陷入僵局。《联合国国家及其财产豁免公约》即为一个典型的例证。该公约以30个国家批准或加入为生效条件,其自2004年就经由联大决议通过,但截至2018年12月,仅有28个国家签署该公约,其中22个国家完成批准或加入程序。^⑮在少数由条款草案进展为国际公约的情形中,《联合国国际水道非航行使用法公约》的签署过程可谓异常艰辛。自联大建议国际法委员会着手研究国际水道非航行适用法以来,依次有5位特别报告员递交了共13份报告。事实上,国际法委员会早在1991年和1994年就分别完成了条款草案的“一读”和“二读”工作;^⑯1997年,联大决议通过该公约。^⑰但是,直到2014年,公约才因缔约国数量达到35个而正式生效。

其三,逆全球化潮流遏制了多边国际条约的编纂进程,客观上促进了“国际软法”的发展。全球问题的出现曾经使得国际社会结构发生改变:政府间组织、非政府组织等次国家行为体深度参与国际社会活动;在联合国等国际组织的推动下,诸多国际法原则、规则及制度在国际条约和国家实践中得以确立。条约项下的国际合作制度增强了国家间的相互信任和依赖,同时,层出不穷的条约义务也限制着国家行为,在一定程度上淡化了国家主权观念。不过,这种传统国际法的形成进程已不能满足日益加速的国际社会发展步伐和日益增长的国际社会生活领域的要求。人们逐渐发现,国际条约、特别是多边条约,可能旷日持久,而且很有可能中途失败、不见结果,这种矛盾催生了“国际软法”。^⑱例如,2008年《联合国跨界含水层法条款草案》因国际实践的欠缺以及草案本身的

缺陷而在短期内无法通过,只能以“国际软法”的形式存在。此外,依据2018年国际法委员会第70届会议文件,关于“大气层保护”和“条约的暂时适用”两项议题的草案都已确定不会形成国际条约,而是将以不具备拘束力的“国际指南”的形式呈现。目前,软法已成为国际关系中的一类重要法律文件。

概而言之,国际法规则的形成是国家不断接受其主权受到约束的过程。在逆全球化潮流的影响下,各国为了在条约义务上争取更大的主权空间而进行持续的磋商博弈,达成国家间合意的承诺成本愈发增高。国际法碎片化问题的原本动因是国际条约文件的“多元化”以及国际法庭的“扩散化”。逆全球化潮流导致国际条约的起草、编纂程序受阻,同时促进了国际宣言、国际指南等国际软法的兴起。软法文件大量产生,适用范围重叠、冲突的状况不断,加剧了国际法碎片化问题。长此以往,国际法律秩序将不可避免地进入动荡期。

二、以体系思维整合“碎片化”的国际法律秩序

制定法的不成体系与司法方法的兴起之间存在某种内在的联系。自20世纪利益法学和自由法学产生以来,法学研究开始投向法官适用法律的方法论技术和哲学解释依据,试图通过司法定向的思维方式为法律实践提供智识上的支持。若国际法“碎片化”问题在短时期内难以改变,则应当在法官的思维规则与司法方法中寻找应对该问题的径路。体系因素的一个重要功能在于避免或排除法秩序中的“体系违反”,^①通过“体系思维”与特定的司法方法将“碎片化”的规则紧密交织在国际法体系中,从而构成一个有意义的关系。

(一)体系思维的国际法依据

裁判者对立法者的服从应当是经过思维的服从,而非不加思辨的盲从;从司法立场研究体系思维,防止法治因法律意义的不确定而难以成行,实现包括法律在内的诸多因素的一致性和融贯性。^②这是内国法背景下的概念,但国际司法在司

法权限制方面与国内司法并无本质区别。并且,由于体系思维是以成文法再体系化为目标的思考路径,其可作为缓解国际法碎片化、重塑国际法律秩序的最佳切入点。

以体系思维整合国际法律秩序首先源于对国际法“碎片化”(不成体系)问题的担忧。联合国以及其他国际组织框架下的各类国际条约本就是独立的“自治”体系,并且,联合国虽是主权国家为免“后世再遭今代两度惨不堪言之战祸”而依《联合国宪章》创造的这样一个国家“联合体”,然而这个“联合体”的“创造”并不是一劳永逸的,它还面临着“解散的不断威胁”。^③同时,国际法庭的“扩散化”使得不同法庭的裁判者所适用的规则缺乏一致性。当国际法规范体系的“碎片化”与国际法庭的“扩散化”可能给国际关系的稳定带来某种消极影响之时,主权国家不应当怀疑甚至否定这个体系存在的合理性和必要性,而应以善意的态度,为缓解这种“碎片化”趋势做出具有法律意义的努力。

其次,在国际司法实践中运用体系思维直接归因于1968年《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)第31条第3款(c)项法律价值的重新发现。该条款要求条约解释者考虑“适用于当事方之间的任何相关国际法规则”(以下简称“相关国际法规则”)。^④如本文开头所述,国际法委员会专门就“国际法碎片化:国际法多样化和扩展进程中的困难”议题进行研究并提交《国际法碎片化报告》。该报告在第六部分专门讨论“体系整合与《条约法公约》第31条第3款(c)项”。^⑤这表明了一种“体系整合”的目的:把条约放置到整个国际法体系之中,参照“相关国际法规则”进行体系解释。如果国际法庭的裁判者能够运用体系思维,充分考虑适用于争端当事方的“相关国际法规则”,从而为支离破碎的国际法“版图”注入一点点的“粘合剂”,那么无疑将有助于缓解国际法不成体系问题。《条约法公约》第31条第3款(c)项的价值曾长期被忽略,^⑥近年来似乎被重新发现,并得

到国际法庭多次明示或暗示的适用。现任国际法院副院长、中国籍大法官薛捍勤女士将该条款喻为“开启国际法大楼的万能钥匙”。^⑤还有学者认为它是“条约解释的一般规则”，在国际法体系中有“宪法性规范”的地位。^⑥

再次，随着当代条约关系和条约解释实践的发展，“体系思维”和“体系解释方法”(systemic interpretation)日益成为条约解释的重要依据。众所周知，《条约法公约》关于条约解释的规定包含在第31至33条三个条文之中，分别涵盖“解释的通则”“补充解释资料”和“以多种语言认证的条约之解释”。据此，条约应依照其目的，善意地予以解释，以使其发生合理的效果。现有的许多所谓解释规则只宜作为解释的参考，解释者应善意地运用这些规则，从而使条约发生依其目的应有的合理效果，促进国际合作。在进行条约解释过程中，最重要的不是条约起草者的意志，而是条约本身的意图，强调以法律解释者在一定限度内赋予条约某种目的或意图的可能性。具体而言，双边条约的解释应注重探求缔约双方缔约时的共同意思，以发现条约的目的而据以解释。多边条约的实质不在于缔约各方权利义务的平衡，而在于为创立一般国际法，解释时应注重条约所建立的法律、组织、制度的社会目的及其发展。^⑦对于这些条约的解释可以运用体系思维，参照其他适用于当事方的国际条约、国际习惯以及一般法律原则，对争端所涉条约进行体系解释。

质言之，“解释法律是法院正当而特殊的领域。”^⑧要想有一个“好”的、“正义”的国际法体系，条约解释就必须超越条约之外，参考“适用于当事方之间的相关国际法规则”。从国际法历史发展的脉络来看，国际法分支体系都是从原来的国际法母体中分离出来逐渐发展而成的。欲对某一个国际法领域的约文进行分析和解释，就必须将其放置到整个国际法体系之中。体系思维能够填补被解释条约的空白，通过参照“相关国际法规则”在平行的条约规范之间做出指引，解决不同条约

项下互相冲突的国家义务，最终促进国际法体系的融合与发展。

(二)在体系思维中确定国际法律秩序的要素

国际法律秩序的要素问题涉及国际法庭如何定位自身与外部世界的关系。《条约法公约》草案曾规定“条约应依据缔约当时有效的一般国际法规则进行解释”，有学者建议将“一般”替换成“习惯”。但正如《条约法公约》第31条第3款(c)项所表明的，该条款后来做了重大修改，不仅剔除了“时际”因素，而且删除了“一般”，这就产生了“相关国际法规则”范畴的疑问。对此，国际法庭有较大的酌处空间。^⑨从重塑和整合国际法律秩序的角度而言，本文认为应当重视体系思维，在解释案件系争条约时，不仅参照适用于当事方之间的条约，而且适当考虑与案件相关的国际习惯法规则、一般法律原则以及作为现代国际法表现形式之典型的国际软法。

1. 适用于当事方之间的国际条约

作为“确立当事国明白承认之规则者”，条约是唯意志论学派最为推崇的国际法的主要渊源。本文在此并不打算讨论条约在国际法渊源中的地位问题，而主要讨论条约作为国际法秩序要素的实践因应。

其一，国际条约和国际习惯在理论上虽是两类要素，在司法实践中两者却并非完全割裂，一项国际法规则可能同时以条约和习惯的形式表现出来。^⑩早在1950年，国际法委员会向联合国大会递交的报告中就已说明：“国际习惯可能存在于一个双边或多边协议中，在协议当事方之间，该规则在有效期内具有条约拘束力；对其他国家而言，该规则仍以国际习惯的形式存在。”^⑪特别报告员迈克尔·伍德2015年向国际法委员会提交的报告中指出：条约规定本身并不构成习惯国际法，但这些规定作为国家意志的明确表达，能够提供国际习惯法规则存在的有价值的证据。^⑫由此，条约规定在三种情形下反映了国际习惯法规则：第一，将现有的习惯法规则法典化；第二，将条约达成之前出

现的习惯法规则固定化;第三,促使一种普遍的国家实践和法律确信,从而产生新的习惯法规则。

其二,适用于当事方之间的条约是解释争端所涉条约的当然法则,但裁判者在实践中将遭遇一类复杂情形:要求被解释条约的所有缔约国同时是所借助条约的缔约国(“条约当事国理论”),抑或争端当事国是所借助条约的缔约国即可(“争端当事国理论”)?假设国际贸易法领域的甲条约共有若干成员国,这些成员国同时全部为国际环境法领域的乙条约之成员国,此种情形下,无论按照“条约当事国理论”还是“争端当事国理论”,乙条约的规则都可用来解释有关甲条约的争议。然而,当甲条约新增某个成员国,而该成员国并未加入乙条约,按照“条约当事国理论”,国际法庭便不可在解释甲条约时再借助乙条约。

如此,一个多边条约的成员国越多,越受国际社会认可,其反而可能面临被“孤立”的危险。进而言之,“条约当事国理论”可能导致各领域的多边公约被隔离成数个“孤岛”,无法互相作为解释的工具。是故,采纳“争端当事国理论”更加合乎体系思维的逻辑。

2. 与案件相关的国际习惯法规则

国际习惯是“通例之证明而经接受为法律者”,展现了传统国际法作为“实践性技艺”的范式。习惯法不同于条约,其形成并没有一个精确固定的公式。国际法委员会自2012年就该议题展开讨论,^⑧据此,国际和国内法院、法庭涉及国际习惯存在与内容的判决是证明国际习惯的辅助方式。国家的立法和行政行为、国内法院判决均为“国家实践的具体方式”,是证明国际习惯存在的直接证据,^⑨弥合了学界关于国际习惯法识别问题旷日持久的纷争。

仍待进一步讨论的是,国际法庭能否借助“正在形成中的”(emerging)国际习惯法来解释争端所涉条约,即“正在形成中的国际习惯法”能否纳入“相关国际法规则”的范畴。以风险预防原则为例,近年来,“能否在条约解释中运用风险预防原

则”成为司法机构试图回避但又必须做出解释的棘手问题。^⑩

在WTO“荷尔蒙牛肉案”中,欧共体主张,风险预防原则已经构成国际习惯法,其实施的荷尔蒙牛肉禁令是一项适当的风险预防措施,符合国际习惯法的规定。^⑪美国方面则声称,尽管《里约宣言》等国际文件将风险预防原则列为一项重要原则,但其并不认同风险预防原则已构成国际习惯法。^⑫最终,上诉机构对风险预防原则的法律地位做出经典论述:“风险预防原则的国际法地位是学界、立法机构和司法机构持续争议的话题。我们认为,上诉机构在本案中就此重要但抽象的问题做出解释是没有必要,甚至是不明智、不谨慎的。该问题有待于国际环境法领域日后更为权威的答案。”^⑬国际法院在“匈牙利/斯洛伐克项目案”中也没有支持匈牙利方面提出的适用风险预防原则的请求,而只是指出警惕和预防在环境领域的必要性。^⑭

国际法庭在讨论“相关国际法规则”时回避了能否借助“正在形成中的”国际习惯法问题,不对其法律地位做出正面回答,而是运用一种修辞技巧,认为即使能够援用,也不能推翻案件的结果。从目前的国际司法实践来看,“相关国际法规则”只涵盖国际社会公认的已经构成国际习惯法的规则,不包含“正在形成中的”习惯法。

3. 与案件相关的一般法律原则

由于实定法不足以涵盖不断更新的社会法律问题,20世纪复兴的自然法学派主张突破过度实定主义和文本依恋的掣肘,认为实定法应当接受非实定法的指引、补充和修正。裁判者不应被视为“说出法律之语的没有生命的机械”,而是适用此种“活法”(living law)的理性人。^⑮一般法律原则作为非实定法的典型,已不再只是哲学思考的产物,而是各文明国家所公认的社会法律生活中真实的法律规范。不过,一般法律原则本质上是国内法,其只有在符合国际共同体的根本特征之前提下,才能成为“相关国际法规则”在国际层面

适用。

欧洲人权法院曾经在1975年“戈尔德诉英国案”中指出:适用于当事方的“相关国际法规则”包括一般法律原则,尤其是《国际法院规约》第38条第1款(c)项中‘为世界文明各国所认可的一般法律原则’。个人享有民事诉讼权是世界公认的基本法律原则之一,禁止拒绝司法也是一项重要的国际法原则。《欧洲人权公约》第6条的解释应当参照这些原则。^⑩在国际法院1997年“匈牙利诉斯洛伐克项目案”中,匈牙利方面请求法院裁定,出于保护多瑙河沿岸自然环境的紧急性和必要性,其有权暂停继而放弃依据双方“1977年条约”承担的“加布奇科沃—大毛罗什项目”特定部分。^⑪法院通过分析“1977年条约”的相关条款,认为并不存在终止条约的情势变更条件,匈牙利无权放弃其本应承担的项目。不过,法院同时认识到,在适用和解释“1977年条约”时,也应当考虑到国际环境法中的“可持续发展原则”。^⑫

尽管传统的目的解释学也在一定程度上追求个案正义,但一般法律原则直接表明了体系思维的价值论基础。上述案例中的“个人享有民事诉讼权原则”“禁止拒绝司法原则”“可持续发展原则”等是上升为原则的人类一般价值,这种正义的价值衡量和法律的道德性为司法裁判提供了前提效力。一般法律原则在当前的国际法秩序中大多被转化为条约法规则或习惯法规则,但只要新的国际法领域存在法律漏洞,一般法律原则就会重新焕发活力。

4. 适用于当事方之间的“国际软法”

逆全球化潮流一定程度上导致各国之间因国家利益的冲突而难以达成国际条约。此种背景下,诸多国际组织通过制定“国际软法”构建基础性的框架,缓解传统国际造法机制供给的不足。国际软法的优势在于,其无须经过国内有关机构的批准,易于固定协商结果、促成国际合作。此外,软法能够使行为谨慎的国家更容易就某一共同目标达成一致,已成为解决国家冲突、促进国际

合作的重要形式。就表现形式而言,国际软法所涵盖的范围很广,凡不属于生效的公约、条约、议定书范畴的书面文件,无论其名称为何,均可被归入其中。有学者将其概括为三个类别:(1)两个以上国家作出的政治宣言,此类文件表达了国家对某些国际事务的政治立场或看法,具有表达意愿和宣示的意义;(2)政府间国际组织作出的建议和决议;(3)以技术规程、示范法等方式出现的行为准则。^⑬

需要澄清的是,国际宣言、国际组织决议等国际软法虽不属于《国际法院规约》第38条第1款所规定的任何一类法律,但有必要认识到,《规约》只是规定国际法院发现法律的场所,并未约束所有国际法庭。自20世纪80年代以来,联合国制定并通过了一系列的国际宣言,如《世界自然宪章》《里约环境与发展宣言》《21世纪议程》等等,联合国安理会、世界卫生组织、上海合作组织等政府间组织通过了诸多有拘束力的决议,这些宣言和决议在实践中已被国际法庭所参考援引。例如,欧洲人权法院曾在“罗兹都诉土耳其案”援引联合国安理会决议进行裁判。法院参考联合国安理会决议以及相关的国家实践,判定“土耳其北塞浦路斯共和国”不是国际法上的国家,塞浦路斯共和国依然是塞浦路斯境内唯一的合法政府,“土耳其北塞浦路斯共和国”的所谓国家行为是无效的。^⑭又如,WTO争端解决机构在“海龟海虾案”中曾借助《21世纪议程》判断“可用竭自然资源”的含义。

从司法的立场考察国际组织决议、国际宣言在裁判中的价值,这类软法文件事实上已经构成国际法的形式渊源。显然,此种类型的国际法秩序要素是现代国际法典型特征之体现。

三、体系思维在司法实践中的运用:条约体系解释方法

抽象的法律思维需要转变为法律方法,继而才能运用于具体的司法实践。“条约体系解释方法”(systemic treaty interpretation)是体系思维运用

于国际司法实践的具体方法。多边条约可能因涵盖主题广泛导致其内部条款相互矛盾,长期谈判后形成的条文本身也因各方妥协而存有模糊性特征。法官难以依赖所谓的“立法意愿”推测国家的共同意图,而将国际法律秩序视为一个整体就成为必需的选择。实践中,借助法源理论确定国际法律秩序的要素之后,就需要结合法律发现、法律推理、法律论证来适用条约体系解释方法,保障要素之间的整体一致性和逻辑融贯性。

(一)经由法律发现之“法”难以直接进行法律推理

“法律发现”是指在某一特定的制度内用来发现与解决具体问题或在具体问题上确定与案件相关的法律原则、规则的意义而使用的方法,其目的是找到一种对个案而言正当合理,同时又符合现行法的裁判方法。^④法律发现是国际司法过程中首先使用的方法,通过法律发现所确认适用的法律是进行法律推理的大前提。

以国际法院“伊朗/美国石油平台案”(以下简称“石油平台案”)为例,伊朗政府于1992年向国际法院提起诉讼,称美国在两伊战争期间向其控制的石油平台发动袭击,违反了两国于1955年缔结的《经济关系与领事权利条约》(以下简称《美伊条约》)。美国援引《美伊条约》第20条第1款(d)项的免责条款,认为发动军事袭击的行为是基于“核心安全利益”的考虑,并不违反条约义务。^⑤国际法院的说理表明,《美伊条约》第1款(d)项是法院断案的直接依据,也就是经“法律发现”过程所寻找到的“法”。但是,《美伊条约》并未对“核心安全利益”做出解释,直接将该条约作为大前提则无法完成三段论的推理过程。

WTO“海龟海虾案”中,被申诉方美国认为印度、巴基斯坦、马来西亚、泰国等国因未使用“TED海龟隔离器”捕虾而对海龟造成威胁,遂依据其国内法对来源于上述国家的虾及虾制品实施进口禁令,印度等国将美国诉至WTO争端解决机构(DSB)。美国以《关税与贸易总协定》第20条“一般

例外”的(g)项规定作为抗辩理由,提出海龟是“可用竭的自然资源”。^⑥但是,包括《关税与贸易总协定》在内的所有WTO涵盖协定均没有关于何为“可用竭的自然资源”之规定,DSB难以直接依据WTO涵盖协定为大前提进行推理。同样地,在“生物技术制品案”中,被申诉方欧共体暂停批准来自美国、加拿大和阿根廷的转基因生物制品,并禁止成员国在其境内进口或销售该类生物制品。美国等申诉方认为,欧共体的普遍暂停措施导致其拖延生物制品的批准程序,与WTO项下的《实施动植物卫生检疫措施的协定》(《SPS协定》)第8条及附件C不符。^⑦然而,依据《SPS协定》无法判断生物技术制品是否会影响人类生命健康,DSB只能“向外看”,借助环境法领域的条约规定。

国际司法实践表明,经法律发现所指向的“法”一般是国际争端所涉条约。若条约的相关条款是明确的法律规范,则可直接作为大前提并结合事实进行法律推理,不需要运用条约体系解释方法。只有当这个大前提存在模糊或者空缺结构时,才需要借助体系思维进行解释。

(二)在“相关国际法规则”中寻找可借助的“法”

寻找《条约法公约》第31条第3款(c)项中的“相关国际法规则”是适用条约体系解释方法的核心,而国际法律秩序的诸要素即为“相关国际法规则”的存在场域。理想状态的国际法秩序应当是一个完整的、具有内在一致性的体系,所有条约规定都从一般法中获得其效力和有效性,其设立的权利和义务与其他条约规定和国际习惯法规则共同存在。这些权利或义务均不享有任何的内在优先权,它们之间的关系问题只能通过一种解释和推理的过程来解决,而正是这一过程使其成为一个连贯而有意义的整体。正如麦克奈尔所指出的,条约规定必须“在一般国际法的背景下得到应用和解释”^⑧。

国际法院在“石油平台案”中首次认识到,对国家“核心安全利益”的解释必须考虑到《条约法

公约》第31条第3款(c)项的规定,借助国际法中“使用武力”的相关规则,即《联合国宪章》。美国袭击伊朗石油平台的行为不属于《联合国宪章》规定的“自卫”等合法使用武力情形,因而不是《美伊条约》中的免责措施。^⑤WTO上诉机构在“海龟海虾案”中也认同“需要利用《条约法公约》第31条第3款(c)项,从一般国际法中寻找适当的解释指引。”^⑥其引用1973年《濒危野生动植物种国际贸易公约》、1982年《联合国海洋法公约》、1992年《生物多样性公约》以及1992年《21世纪议程》,以及相关的国际习惯法,说明“可用竭的自然资源”不仅包括非生物资源,也包括海龟等生物资源。^⑦“生物技术制品案”中,由于转基因生物制品的国际贸易与人类生命健康相关,专家组本也应“向外看”,借助“非WTO协定”,如环境法领域的《生物多样性公约》及《〈生物多样性公约〉卡塔赫纳生物安全议定书》的规定。不过,专家组认为,由于美国不是《生物多样性公约》或《卡塔赫纳议定书》的缔约国,专家组不能适用其项下的国际法规则,最终确认欧共体的禁令措施不符合《SPS协定》。^⑧

欧洲人权法院在2001年审结了3个具有里程碑意义的案件,均利用了条约体系解释的方法解决国家豁免权与《欧洲人权公约》第6条中诉诸司法权的冲突问题。法院认为:“该公约(即《欧洲人权公约》),包括其第6条的规定,不能在真空中解释;而是需要比照《条约法公约》第31条第3款(c)项的规定来解释,从而考虑到适用于当事方的相关国际法规则”。^⑨法院注意到《欧洲人权公约》作为一项人权条约的特殊性质,对该公约的解释应当尽量与其他国际法规则(包括国家豁免规则)相协调。是故,普遍认可的“国家豁免规则原则”上不应视为向《欧洲人权公约》第6条“诉诸司法权”施加了不适当的限制。

在“相关国际法规则”中寻找用来解释案件所涉条约之“法”的过程蕴含着整合国际法律秩序的体系思维。但需注意的是,体系思维的运用并不意味着“相关国际法规则”可以代替被解释的条约

而得到适用,参考“相关国际法规则”进行解释之目的通常不是使“被解释的条约”服从“相关国际法规则”的效力,而是通过参考后者解释、阐明前者的内容。

(三)就体系解释所确认之“法”进行法律论证

法学理论的发展在韦伯提出“工具合理性”和“目的合理性”的范畴后一度陷入“合法性”与“正当性”讨论的纠缠之中。二战后,适逢自然法理论的复兴,法的正当性问题再次成为法哲学的关注焦点。^⑩但正当性不能依靠自觉主义加以证立,而是有赖于裁判本身论证的合理性,即通过法律论证为裁判结果提供正当性辩护。

从国际法庭适用法律方法的实践看,法律论证是对条约体系解释所确认之“法”进一步的证伪过程,目的是证明作为大前提的“法”的正确性,使裁判结果兼具客观性和正当性的标准。随着利益法学和评价法学初露为主流理论的端倪,法的强制性观念日渐式微,法在内容上的可接受性、可论辩性逐渐构成裁判正当的基础。作为一种实践理性活动,法律论证旨在达成裁判者与“听众”之间的“商谈”。国际裁判的正当性取决于争端当事国的认同,以及作为论辩参与整体的国际社会的认可。交互性的商谈进路在国际司法裁判过程中首先体现为裁判者对“国家同意原则”之恪守。国家同意是国家识别和承认对本国或他国具有约束力的规则之方式。同意使得国家之间合法性的沟通成为可能,就像语法规则能够促进个体之间的交流一样。^⑪19世纪大兴的实定法学派从国家主权的概念出发,主张国家之上既无任何权威,国际法是平等主体之间的法律,国际法的拘束力以国家同意为前提,主权国家仅在本国同意的条件下负担义务。^⑫否认国家同意作为国际条约和国际习惯发生效力的必要因素,将影响国家对于国际法普遍规则的判断。

例如,2001年“MOX核废料加工厂案”中,爱尔兰方面请求仲裁庭援引2001年《关于在环境问题上获取信息、公众参与决策及诉诸司法的奥胡

斯公约》(简称《奥胡斯公约》)来解释争端所涉条约——1992年《东北大西洋海洋环境保护公约》中的“环境信息获取”问题。问题在于,爱尔兰方面所提到的法律文件并不是“相关国际法规则”,而只是“不断发展的国际法”,如果没有具体的授权,仲裁庭就无法适用。纵然《奥胡斯公约》已经生效,且爱尔兰和英国均已签署,但英国方面尚未正式批准该公约,基于国家同意原则,英国并无受到该公约约束的义务。仲裁庭无权将《奥胡斯公约》视为争端双方对环境信息定义共同看法的证据,不能借助其解释系争问题。

价值衡量也是基于条约体系解释方法进行法律论证的重要理由。国际法院在“石油平台案”中以武力使用的“正义”“道德”等价值标准综合到裁判过程,并对这些价值所导致的对立结果进行论证。如《国际法碎片化报告》所示,若不借助《联合国宪章》中合法使用武力的规定,则美国的军事袭击行为很可能因符合《美伊条约》的免责条款而不被追究。更甚者,它会导致一种荒谬的结果,即一旦某两个国家之间达成双边条约,那么一般国际法规则对于该两国而言就无拘束力,这显然是不合理的。“石油平台案”是国际法院首次适用“相关国际法规则”来解释当事方所援引条约之案例,代表了这个具有一般管辖权的国际司法机构对待条约体系解释方法的支持态度。

国际法庭的案例对于嗣后的司法实践有着垂范的效应。各类国际法庭适用《条约法公约》第31条第3款(c)项的案例对于更新和发展条约体系解释方法有着重要的促进作用。德沃金曾注意到,在疑难案件中法官可以按照“整合性”的标准发展法律,提出“作为整合的法”的建构性解释方法论之思路。^⑨全世界有百余个国际争端解决机构,适用条约体系解释方法有助于促进各类国际法庭之间的“交流”(cross-fertilization),从而形成“国际裁决的共同法”。

四、结论

方兴未艾的逆全球化潮流导致统一国际法规

范的形成遇阻,成文国际法的立法速度开始减缓,国际法碎片化问题趋于严峻,进而影响到国际法体系的效力。

体系思维是以成文法再体系化为目标的思考路径,是裁判者在成文法碎片化的背景下应当重视的一种思维方法。

国际司法过程中的体系思维涉及一种有关法律渊源和目的的哲学,运用体系思维能够填补条约解释的空白,解决不同条约项下互相冲突的国家义务。反之,对体系思维的忽视可能会使国际法体系陷入更深层次的碎片化,妨碍其进一步的协调发展,并减损个案中的实质正义。《条约法公约》规定了条约解释的基本规则,这些规则也被认可为反映一般国际法的原则和理念,但它们只是条约解释的起点,而非终点。我们应试图在借助“相关国际法规则”与尊重“被解释的条约”之间找到合理的中间立场,从而弥补当前国际立法发展滞后的缺陷,保障国际法律秩序的体系性。

条约体系解释方法建立在体系思维的基础之上,是解决国际争端问题时能够有所创建、有所超越而必须借助的方法论。国际法庭在各自管辖权和裁决职能的范围内形成其对条约的体系解释,将在一定程度上弥补国际法不成体系的缺陷,促使国际法成为具备自我更新和再生能力的法律制度。

注释:

①参见联合国网站:《联合国秘书长古特雷斯在第73届联合国大会高级别一般性辩论开幕上的致辞》, <https://newsunorg/zh/story/2018/09/1018612>,最后访问日期:2022年2月12日。

②参见外交部网站:《外交部条法司司长贾桂德出席中国国际法学会2022年学术年会》, https://www.mfa.gov.cn/web/wjdt_674879/sjxw_674887/202205/t20220530_10694480.shtml,最后访问日期:2022年2月12日。

③主要文献可参阅古祖雪:《现代国际法的多样化、碎片化和有序化》,载《法学研究》2007年第1期;王秀梅:《国际法体系化机制及其进路》,载《政法论丛》2007年第2期;陈喜峰:

《国际法自足制度：在不成体系和社会宪政之间》，载《国外社会科学》2009年第4期；莫世健：《国际法碎片化和国际法体系的效力》，载《法学评论》2015年第4期。Also see Martti Koskenniemi & Päivi Leino, *Fragmentation of International Law—Postmodern Anxieties*, *Leiden Journal of International Law*, pp. 553–579. 联合国国际法委员会(以下简称“国际法委员会”)也曾在2006年专门研究该问题并形成一项专题报告——《国际法碎片化：国际法多样化和扩展进程中的困难》(以下简称《国际法碎片化报告》)。See *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 Marti Koskenniemi, A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006.

④See A/CN. 4/L. 682, p. 11.

⑤See C. Wilfried Jenks. *The Conflict of Law-Making Treaties*, BYBIL, Vol. 30, 1953, p. 403.

⑥See A/CN. 4/L. 682, p. 10.

⑦陈喜峰：《国际法自足制度：在不成体系和社会宪政之间》，载《国外社会科学》2009年第4期，第125–132页。

⑧[德]贡塔·托伊布纳著：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇峰译，中央编译出版社2016年版，第70页。

⑨See Buergenthal Thomas, *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, pp. 267–276.

⑩See A/CN. 4/L. 682, pp. 12–14.

⑪See A/CN. 4/L. 682, p. 13, para. 12.

⑫参见许源源、张潇：《逆全球化趋势下的合作治理：影响、演变与中国应对》，载《当代世界与社会主义》2017年第6期，第173–180页。

⑬See Francis Fukuyama, *US against the World? Trump's America and the New Global Order*, *Financial Times*, Nov. 11, 2016.

⑭参见古祖雪：《现代国际法的多样化、碎片化与有序化》，载《法学研究》2007年第1期，第135–147页。

⑮参见联合国条约数据库：United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en, Apr. 16, 2022.

⑯See Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, GA Res. 51/229, 1997; Draft articles on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, A/CN. 4/L. 458, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. I.

⑰See Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, GA Res. 51/229, 1997.

⑱参见何志鹏：《逆全球化潮流与国际软法的趋势》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期，第54–69页。

⑲参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第280页。

⑳参见陈金钊：《体系思维的姿态及体系解释方法的运用》，载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期，第69–81页。

㉑参见古祖雪：《联合国与国际法结构的现代变迁——纪念联合国成立70周年》，载《政法论坛》2015年第6期，第3–14页。

㉒《条约法公约》第31条第3款规定：“应当与上下文一并考虑的有：(a)当事方嗣后所订关于条约解释或其规定之适用之任何协定；(b)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；(c)可适用于当事方的任何相关国际法规则。”

㉓See *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006, p. 208, para. 413.

㉔美国国际法学者菲利普·桑兹教授曾指出，从法院判决发展而来的国际司法实践方面，有一种普遍不愿提及该条文的倾向。See Philippe Sands, *Treaty, Custom and the Cross-Fertilization of International Law*, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 1, 1998, p. 95.

㉕See *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN. 4/L. 682, 13 April 2006, p. 211, para. 420.

㉖See Campbell MacLachlan, *The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 279, 2005, pp. 280–281.

㉗参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第361页。

㉘[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第393页。

㉙参见吴卡：《国际条约解释：变量、方法与走向——〈条约法公约〉第31条第3款(c)项研究》，载《比较法研究》2015年第5期，第149–164页。

㉚下文WTO“海龟海虾案”中上诉机构对“可用竭自然资源

源”之解释即为典型例证。

③① See Yearbook of the International Law Commission 1950, Vol. II, p. 268, para. 19.

③② See International Law Commission, Third Report on Identification of Customary International Law, by Michael Wood, Special Rapporteur, A/CN. 4/682, at <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/682>, Jan 19, 2022.

③③ See International Law Commission, Identification of customary international law, at http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml, Jan 9, 2022.

③④ See International Law Commission, Identification of Customary International Law, Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee, A/CN. 4/L. 872, at <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.872>, Jan 10, 2022.

⑤ 风险预防原则自产生以来就是一个具有争议性的话题,其内涵主要是指当环境面临严重或不可逆转的损害威胁时,应采取适当措施防止环境退化,缺乏完全的科学证据不能成为延迟采取措施的理由。在过去的二十余年,该原则一直处于国际环境法学讨论的风口浪尖。

③⑥ EC's appellant's submission, para. 88.

③⑦ United States' appellee's submission, para. 92.

③⑧ Report of the Appellate Body, European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products, WT/DS26/AB/R, para. 123.

③⑨ See Gabcikovo—Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 78.

④① 参见郑斌:《国际法院与法庭适用的一般法律原则》,韩秀丽、蔡从燕译,法律出版社2012年版,第18页。

④② 《欧洲人权公约》第6条第1款规定:“在决定某人的公民权利和义务或者在决定对某人确定任何罪名时,任何人有理由在合理的时间受到依法设立的独立而公正的法院的公平且公开的审讯。”See Golder v. the United Kingdom, Judgment of 21 February 1975, ECHR Series A, No. 18, p. 524, para. 35.

④③ See Gabcikovo—Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 73.

④④ See Gabcikovo—Nagymaros Project(Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 78.

④⑤ 参见何志鹏:《逆全球化潮流与国际软法的趋势》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2017年第4期,第54—69页。

④⑥ See Loizidou v. Turkey(Merits)Judgment of 18 December

1996, ECHR 1996—VI, p. 2231, para 44.

④⑦ 参见陈金钊:《司法过程中的法律发现》,载《中国法学》2002年第1期,第49—60页。

④⑧ 该条约第20条第1款(d)项规定:“本条约规定并不排除当事方采取以下措施:……(d)出于履行维持或重建国际和平与安全义务的必要,或者保护本国核心安全利益的必要”。See Oil Platforms case(Iran v. United States of America), Merits, I. C. J. Reports 2003, para. 32。

④⑨ See United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products(12 October 1998)WT/DS58/AB/R, para. 158.

④⑩ See EC—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products(7 February 2006)WT/DS291—293/INTERIM, para 7. 70.

④⑪ See A. D. McNair, The Law of Treaties, Oxford: Clarendon Press, 2nd edition, 1961, p. 466.

④⑫ See Oil Platforms case(Iran v. United States of America), Merits, I. C. J. Reports 2003, para. 78.

④⑬ See United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products(12 October 1998)WT/DS58/AB/R, para. 158.

④⑭ See United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products(12 October 1998)WT/DS58/AB/R, para. 168.

④⑮ See EC—Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products(7 February 2006)WT/DS291—293/INTERIM, para. 7. 70.

④⑯ See Al—Adsani v. the United Kingdom, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001—XI, p. 100, paras 55—56; Fogarty v. the United Kingdom, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001—XI, paras. 35—36; McElhinney v. Ireland, Judgment of 21 November 2001, ECHR 2001—XI, paras. 36—37.

④⑰ 参见雷磊:《法律论证的功能、进路与立场——以菲特丽丝法律论证原理一书为视角》,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第4辑),法律出版社2007年版,第364—382页。

④⑱ See J. Shand Watson, State Consent and the Sources of International Obligation, American Society of International Law Proceedings, Vol. 86, 1992, pp. 108—113.

④⑲ 参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第279—280页。

④⑳ Dworkin, Law's Empire, chap. 8—10. 引自季卫东:《法律体系的多元与整合——与德沃金教授商榷解释方法论问题》,载《正义思考的轨迹》,法律出版社2007年版,第26页。