

国际法的社会基础与法律性质

梁 西

作者认为:①国际法的社会基础,是众多主权国家同时并存且交互作用而产生的各种国际关系和整个国际社会的存在。但是,国际社会如何形成?它对国际法起什么作用?国际法又怎样作用于国际社会?②国际法是国际社会的一种行为规范。但是,它是不是法?它的约束力从何而来?如果它是法,是一种什么样的法?③古代中国并不存在一个国际社会,不可能有真正的国际法。但是,近代中国的情况若何?国际法的输入中国和中国的跨进国际社会,对现代国际关系有何影响?本文将有助于对这些问题进行剖析。

一、国际法与国际社会

人类在其发展过程中,自形成国家之后,即出现了国内社会。由于国家彼此来往而形成种种关系之后,又出现了国际社会。“有社会即有法。”国际社会和国内社会一样,也需要有法。没有法,国际社会即无行为规则可循,国际关系必然难于维持,国际交往也就难于进行了。

国家的存在是国际法产生的前提。没有主权国家的存在,决不可能有国际法的存在。因为从一般意义上说,只有独立和自主的国家才具有享受国际权利和承担国际义务的完全能力。更不用提国际法的制定和执行也都不可能离开国家的实践这个基本问题了。

但是,单独一个国家的存在,或者多个各自孤立的国家的存在,并不可能产生国际法。国际法的产生,必须有一个国际社会的存在。就象国内社会是基于共同物质生产活动的“人们交互作用的产物”一样,国际社会则是“众多国家交互作用的产物”。在中世纪,世界各地包括欧洲在内,并不存在一个真正的国际社会。所以中世纪的欧洲,在以封建割据为基础的统一基督教世界里,不可能有真正意义上的国际法的产生。只有当这个统一霸权分裂为众多独立国家并“交互作用”之后,才有了产生国际法的可能性。

国际社会的形成是一个渐进的过程。当一群独立国家平行并立,而且由于各种交互关系所带来的若干共同利益把它们联系在一起时,一个以众多主权国家为其成员的社会就会产生。这时,国际法才获得了存在的价值和适用的基础。

最早形成“社会”的欧洲国家,原先只承认欧洲基督教文明各国为国际团体(Family of nations)的成员。后来,国际团体的概念逐步适用到欧洲之外。至19世纪末和20世纪初的两次

海牙和会,已分别有世界各地的26个和44个国家参加会议。此后才将“国际团体”一词扩大为“国际社会”(Society of nations)。如1916年美洲国际法学会发表的《国家之权利与义务宣言》(The American Institute of International Law: Its Declaration of Rights and Duties of Nations),即以“国际社会”一词替代“国际团体”这种狭义的用法。

人类历史,由古代向近代发展,经过现代两次最大的战争之后,行将进入第21个世纪。这一漫长的过程,使世界相距甚远的各个地区性社会逐渐连结成了一个包括所有国家在内的普遍的国际社会。在这个逐步扩大的国际社会中,各国为了建立、维持和发展平等互利的国际关系,需要相互承认、设立外交机关、互派使节、实施外交特权与豁免的规定;为了便利各国人民之间的来往,需要形成有关外国人待遇的一般原则、实施有关本国侨民的外交保护制度;为了促进国际交通,需要有海洋、陆地和空间的各种通行制度;为了进行国家间的合作、共同参加国际会议、解决争端、缔结条约,还需要有国际议事规则、国际争端法、条约法等。可见,国际法是以一定的社会目的为根据而形成和发展的。^①

现今地球上,已有170多个国家。虽然,其中有发达国家和发展中国家、有大国和小国、有富国和贫国、有强国和弱国的差别,其文化传统、经济结构或社会制度也不尽相同,但是,它们均为主权国家,都是组成当代国际社会的平等成员。在科学技术高度发展、交通运输迅速进步的条件下,各国之间的政治、经济、文化等方面的交往日趋频繁,合作领域日趋扩大。国际实践已经表明,各国之间存在着一种交叉影响、彼此补充和相互依存的关系。谋求和平与共同发展,已成为各国人民的普遍要求。

当前,特别引人注目的是,从第二次世界大战以来的两极争霸的世界格局已经发生根本变化。这意味着国际社会将再次回到一个多极时代。在这个国际舞台上,舞伴们将不时地重新组合和更换,从而形成一种使平衡不断发生变化的新格局。在今后的多极世界里,如果协调得当,也许比过去1937年、1914年或1870年的多极世界要安全得多,但是如果协调失当,也不一定如此。在国际关系中,由于各自国家利益的不尽相同和意识形态上的某些差异,国家与国家之间或国家集团与国家集团之间的矛盾和冲突将有增无已。各国总是谋求参与国际活动而获取利益,但利益的总量毕竟是有限的。这就会使国际社会出现一种颇为复杂、敏感的微妙形势。以此为背景,作为协调国际关系的一种手段的国际法,将象一艘潜入海洋的潜艇,它必须蛇行地绕过种种暗礁,才有可能达到目的地。但是,可以预见,在国际大气候改善的条件下,国际法必能发挥它应有的作用。因为,不仅国际法需要有一个国际社会的存在,国际社会的存在也需要有一个国际法体系来进行有效的协调。

综上所述,可以概括出如下几点基本认识:

第一,国际法的产生和发展的社会基础,是众多主权国家同时并存、彼此进行交往与协作而形成的各种国际关系和整个国际社会的存在。

第二,各国间某些共同的“国家利益”,是形成国际关系的一根重要纽带,而国际法则是协调各种国家利益的一种重要手段。可见,国际法既是国家间关系的产物,又反过来影响着各种国家间的关系。

第三,国际社会不断推动着国际法的发展,国际法的发展同国际社会的发展,相伴而行,而且基本上是同步的。

第四,平等互利的国际关系有助于国际法的成长,国际社会霸权的出现有可能抑制国际法的生机。可见,国际法会受到国际关系各个方面的影响,特别是会受到国际政治的制约。国际政治给国际法带来时隐时现的局限性。这是国际法的重要特征之一。

二、国际法的法律性质

（一）国际法是不是法？

顾名思义，国际法是法。但是，这个在国际法理论中带有根本性的命题，却不为国际法法律效力的“否定论”者所接受。这种论点认为，国际法不是法。它的早期代表，可以举出17世纪的法学家普芬多夫(S. Puffendorf, 1632—1694)，他从自然法角度否认作为一种法律的国际法的存在。他认为一切国家间协议或“相互义务”都可能被个别国家随意解除，因此它们并不构成国际法。19世纪的英国法学家奥斯汀(J. Austin, 1790—1859)则从实在法的角度否认国际法的法律性。他根据其三位一体说，认为法律是掌握主权的“上级”所颁布的一种“命令”，如不服从即以“制裁”作为威胁，但国际法并非如此。所以他断言，国际法只是一种道德体系，而不是法。在两次世界大战期间，甚至现在，由于国际法常常遭到粗暴的违反和破坏，也不断引起人们对国际法法律性质的怀疑。

否定论的观点，带有明显的片面性，是一种在法律观念上先入为主地把衡量国内法的标准移植于国际法理论的结果。人们一般都生活在一定的国内法律秩序之中，因此总习惯于以国内法来说明国际法。但是，正象国内法不能以国际法来说明一样，国际法也是不能以国内法来说明的。虽然它们都是法，但它们是两种不同的法。

国家作为国际社会的成员，在彼此交往中，必然客观地形成种种行为规范。这些规范，有的属于国际道德与礼让的范畴，有的则属于国际法的范畴。

就国际道德而言，它主要是通过国际社会舆论形成的，依仗人们内在的信念及道义力量来维持，是一种不太确定的规范。各国为了彼此尊重、交往方便和友好合作，往往实行各种国际礼让，如驻在国对外交使节的某些礼仪、便利及善意措施，在战争中对战俘的某些人道主义待遇等等。这种规则，在相互基础上，一般均能得到遵循，但它们不是国际法的渊源，即使遭到抵制与破坏，也只构成不道德或不友好的行为，并不引起当事国的法律责任。因为，它们并不具有法律约束力，除非它们通过某种程序确已转化成了国际法规则。

就国际法而言，它主要是由各国间的协议和习惯形成的，必要时可由外力加以强制实施，是一种较为确定的规则。这种规则，与否定论所指的国际道德的区别，主要就在于它们对当事国是具有法律约束力的。从上一个世纪以来，国际法一直在作为国际交往中有法律约束力的行为规范而不断发展。各国常常通过其议会和政府表明愿意遵守国际法。很多国家在其宪法中以明文确认国际法的效力。各国在其所缔结的各种条约中，不仅接受权利而且承担义务。甚至在违反国际法时，有关国家也并不否认国际法的存在，而是设法证明其行为的合法性。特别值得注意的是，《联合国宪章》在其序言中郑重宣布，各缔约国决心“尊重由条约和国际法其他渊源而起之义务”，并强调依“国际法之原则调整或解决足以破坏和平之国际争端”。1969年的《条约法公约》更明确规定，“凡有效之条约对其各当事国有拘束力”，“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”。国际法的约束力不仅为各国所公认，而且在国际实践中也是存在的。国际法遭到破坏毕竟只是少数情况。而且，正如不能因为有强盗而否定国内法一样，也不能因为有侵略行为而否定国际法。如果国际法确已遭到破坏，有关国家有权依法采取单独或集体行动来保障国际法的效力。

自从本世纪初第二次海牙和会关于陆战法规惯例的第四公约，规定交战国违反陆战法规者应负赔偿责任之后，国际上出现了有关“制裁”的规则。1945年的《联合国宪章》，以第7章各

条规定了对侵略行为的强制行动(enforcement action),以实施集体制裁。第二次世界大战结束后的纽伦堡和远东两个军事法庭,各自根据伦敦协定、两个法庭宪章及有关国际法规则,于1945—1948年,分别对德日战争罪犯进行了国际审判。1949年签订的日内瓦四公约,也规定了对严重破坏公约者加以有效之制裁。除国际联盟曾根据《国联盟约》对意大利进行过经济制裁外,联合国曾于1966、1968、1976、1977年对南罗得西亚,于1963、1977年对南非,于1990年对伊拉克,多次分别宣布进行经济制裁和武器禁运。可见,现代国际法的效力和国内法近似,在一定程度上也是以对违法者实行某种制裁作为保证的。

(二) 国际法的约束力从何而来?

在国际法理论上更深一层的问题是,为了论证国际法的法律性质,还必须回答国际法的约束力是从哪里来的?它的基础是什么?自然法学说,包括各种带自然法色彩的新流派在内,一般认为国际法的约束效力产生于“自然理性”,而自然理性是不可违背的。有的把这种理性称为“法律良知”、“正义观念”或“最高规范”。这一学说将航海自由、人类和平、国家之独立、平等、自保等权利,都归于一种永恒的自然权利。自然法学说,在历史上新兴资产阶级反对欧洲封建的教皇霸权中起了重要作用,有些观点如正义战争与非正义战争等,至今犹有影响。但是,它从一些抽象的概念出发,显然使法律规范和伦理道德有所混同。且其内容多为“法学拟制”,难于在实践水平上加以检验。盛行于上个世纪的实在法学说及其新的流派,一般认为国际法的约束效力产生于各国在国际惯例或条约中所表现出来的“共同意志”。这一学说认为,任何规则不能仅仅因其合理而成为国际法,只有在证明该规则确已为各国所共同同意后才能成为国际法。这种同意即国际法效力的基础。与自然法说重视内容上的正义性相比,实在法说则重视形式上的有效性。后者主张,法与道德没有必然联系,甚至认为某法律尽管不正义,只要是依正式程序制定的,即应有效。推至极端,这是一种“恶法亦法”论。

还有些学者,强调世界政治势力对国际法的决定性作用,认为国际法的效力来自“势力均衡”。另一些学者则提倡政策定向学说,认为法是社会权力决策的总和,国际法的效力取决于各国的对外政策。这一学说,以美国现实主义法学派理论为基础,产生于本世纪60年代。其代表人物主要来自耶鲁大学,故有新黑文学派(New Haven School)之称。这一学说在一定深度上揭示了政治权力与国际法的关系。国际法诚然与世界政治势力和各国对外政策密切相关,但是若将两者铸为一体,则显然悖于事理。

如果说,以自然理性等来说明国际法的效力,是对神权法学的一大突破的话,那么以共同意志等来说明国际法效力则是对自然法理论的一个更大的突破。因为这第二个突破,使国际法从抽象的概念向可供捉摸的世界靠近了一步。但是,只重形式效力而忽视正义内容的“恶法亦法”等命题,无论在国内法还是在国际法中,都遭到了抨击。

我国学者关于这一问题的观点,也众说纷纭,但较为普遍的认识是,国际法的约束力来源于“各国意志之间的协调”,可以称之为“意志协调说”。这种观点,虽然将各国体现于所缔结的条约之中的意志作为国际法效力的根据,但是认为,这种意志不可能是各缔约国的共同意志,而只是各国意志在求同存异基础上的一种协调或“协议”。著名国际法学家周鲠生先生在其《国际法》一书中写道:国际法是各国公认的,代表各国统治阶级的“协调的意志”^②。“意志协调说”,较确切地阐明了各国意志之间的矛盾,同时也注意到这种矛盾还有可能协调的一面。这与国际法实践是颇相符合的。

(三) 国际法是一种什么样的法律?

综上所述,关于国际法的法律性质问题,应该探究同一概念的两个方面:一方面它是

法, 另一方面它是一种特殊的法。国际法是“法”, 这并非答案的全部, 答案的真谛在于: 它是“国际”的法。

第一, 国际法是适用于国际社会的法律。

包括国际法在内的任何法律, 都根源于一定“物质的生活关系”, 都是适应国家和社会生活的需要而产生的, 因此, 无不以一定社会关系作为其调整的对象。国际法是国际社会的法。国际法调整的对象是广义的国际关系, 即包括国家与国家之间、国家与其他具有国际法律人格的国际实体之间、以及此等实体彼此之间的关系。但基于国际社会结构的基本情况, 国际法主要是调整国家之间关系的一种法律体系。

可见, 国际法律关系的主体主要是国家。只有在一定条件下和一定范围内, 民族解放组织(处于形成期的国家)和国际组织等才可成为法律关系的主体。国际法原则上只规定国家间的权利义务。虽然有些国际法规则或条约, 具体涉及到自然人或法人的若干权益, 如侨民待遇、外交豁免等, 但这只有通过缔约国才能发生权利义务关系, 因此, 一般说, 其法律关系的主体仍然是国家。国际法也不调整各国内部发生的关系。虽然国际法规范有时对这种关系产生一定影响, 甚至在一国内部有效, 但这也只是根据该国国内立法而发生的一种转化。

第二, 国际法是平等者之间的法律。

如前所述, 适用国际法的国际社会, 主要是由众多的主权国家组成的, 和国内社会相比, 它是一个高度分权的社会。国内社会, 是在一定领土上, 由国家管辖的自然人和法人为成员而构成的一种纵向的“宝塔式”社会。国内社会的权力集中于一个政府, 国家有中央的立法机关、司法机关和行政机关。但是, 国际社会的基本结构显示, 它是一种横向的“平行式”社会, 在其成员(各国)之上不可能有一个超国家的世界政府存在。因此, 国际社会没有一个统一的最高立法机关来制定法律。国际法是作为国际社会平等成员的各国, 在相互基础上逐渐形成的。无论是条约法还是国际习惯法, 都必须有主权国家的明示同意或默示同意才能生效。国际社会, 没有一个处于国家之上的司法机关来适用和解释法律, 也没有这样一个行政机关来执行法律。虽然过去的国际联盟和现在的联合国, 都设有国际法院, 但它们对当事国并没有象国内法院对当事人那样的强制管辖权。从实质上分析, 任何国家都不得被强迫违背其意志而进行诉讼。各诉讼当事国的自愿是国际法院受理案件的基础。虽然国联盟约和联合国宪章所设立的集体安全制度有助于对破坏和平及侵略行为进行制裁。但是盟约并未废弃战争, 只对战争作了时间上的限制; 而宪章所规定的“执行措施”, 如涉及大国的利益, 即可能在安理会遭到否决。因此联合国不大可能对作为安理会常任理事国的大国实行强制。国际法的实施, 主要是凭藉国家本身的力量。国家既是自己应遵守的国际法规范的制定者, 在一定程度上又是这些约束它们自己的规范的解释者和执行者。

可见, 与国内法相比, 国际法基本上是一种以主权者“平等协作”为条件的法律体系, 是一种国家之“间”的法律体系, 而不象国内法那样具有超于当事者的最高权威。因此, 国际法常常被认为是一种较弱的法(weak law)。这恰好从一个侧面说明了国际法最本质的属性。^③

三、中国进入国际社会和国际法输入中国

古代中国是否有国际法的存在, 是一个有争议的问题。

在公元以前的春秋战国时期, 诸侯并立, 常以所谓“礼、信、敬、义”进行交往。礼, 近似国际规则; 信, 近似国际道德; 敬, 近似国际礼节; 义, 近似国际公理。各诸侯国之间,

合纵连横，相互争霸，确实存在过一些近似国家联盟、国际系约、外交使节的制度，和有关宣战、媾和、优待战俘的规则^④。但是，这些制度和规则甚为原始，很不确定。而且，这些诸侯国也不是一般意义上的国家，并未形成一个真正的国际社会。因此，当时很难有一种真正国际法规则的存在。秦始皇统一七国后，虽然中国历史上还出现过三国、南北朝等短暂时期，但都只是昙花一现。在2000多年的时间里，大一统的中国封建王朝，只承认“天朝”是国家，把邻邦视为夷狄。与周邻各国不是平等交往，而是一种阶层关系。邻国成了向中国纳贡和受封的“藩属”。在这种关系中，自然也没有国际法的存在。中国作为一个文明古国，和世界各国的商业及文化交往，至16世纪前后，已经有了较大发展。早在明代，郑和曾7次带队远航，最远到了非洲东岸和红海海口。可是，由于交通等客观条件及王朝的唯我独尊等传统思想的影响，实际上，当时中国仍然处于一种闭塞状态。这时，正是欧洲国际法形成发展的时期。

1840年鸦片战争之后，国际法开始从西方输入中国。

林则徐到广东禁烟时，曾派人将瑞士滑达尔(Vattel, 1714—1767, 现译瓦特 尔)《国际法》一书中有关战争、封锁、扣船等章节译成中文作参考。后来被收入1852年魏源(1794—1857)编著的《海国图志》第83卷。这很可能是中国对西方国际法最早的翻译。1862年清朝政府设立京师同文馆，聘任美国传教士丁韪良(Willian Martin)为总教习，将惠顿(Henry Wheaton, 1785—1848)的国际法(Elements of International Law)译成中文，于1864年正式出版，名为《万国公法》。这是介绍到中国来的第一本国际法著作。总理衙门曾将此书分发到沿海各重要通商口岸，作为对外交涉的论据。此后，西方国际法的一些译著陆续在中国出版。19世纪70至90年代，曾有吴尔玺(T. D. Woolsey)等的《公法便览》等多本国际法著作译成中文。进入20世纪后，中国留日学生开始从日本翻译国际法书籍。欧美国际法之传入日本，虽然更晚于中国，但后来日本的国际法学却比中国发展得快。现在国际法中的中文术语，有不少是采用日文的译法。

国际法传来中国，对清朝外交产生了一定影响。在1894年关于中日战争的中国宣战书中，曾谴责日本“不遵条约，不守公法，任意鸱张，专行诡计”。足见当时清政府已考虑利用国际法作为保障国家权益的一种手段。但是，自鸦片战争失败之后，中国已沦为半殖民地，国际法也无济于事！列强利用各种不平等条约，在中国享有领事裁判、海关管理、内河航行及驻军等特权，侵占租界和租借地，划定势力范围，强开商埠，使中华民族处于水深火热之中。清臣张之洞深感清廷屈辱，曾经写道：“今日五洲各国之交际，小国与大国交不同，西国与中国交不同。即如进口税，主人为政，中国不然也；寓商受本国约束，中国不然也；各国通商只及海口，不入内河，中国不然也；华洋商民相杀，一重一轻，交涉之案，西人会审，各国所无也。”他力主自强，认为“权力相等，则有公法，强弱不侔，法于何有！”至1899年和1907年，中国分别派代表参加了两次海牙和会，并签署了有关公约及宣言。经过第一次世界大战，中国于1920年参加国际联盟。经过八年浴血战斗，中国取得了抗日战争的胜利，于1945年参加联合国，并为联合国安理会的常任理事国之一。

尽管在形式上，中国已经逐步跨进国际社会，并被纳入国际法律秩序的范围，但是，从1840年至本世纪上半叶的整整一个世纪里，作为半殖民地的中国，在列强不平等条约的枷锁下，主权被破坏，领土被割让，屡遭战祸，备受欺凌。100多年来，中国人民为了争取恢复国家的主权和独立，进行了艰苦卓绝的斗争。1949年，中国革命胜利，中华人民共和国成立。从此，中国与国际社会的关系开始进入一个崭新的历史时期。

1949年的《共同纲领》，规定了独立自主、友好合作和反对侵略的外交政策。为维护国家基本权利和民族的尊严，确定对旧中国同外国签订的各种条约和协定进行审查，废除一切不平等条约，肃清帝国主义的一切在华特权。从1950年1月起，先后采取具体措施，收回或征用了英、美、法、荷在北京、天津、上海等地的驻军兵营；宣布并实行了海关自主权；统一了航运管理，外轮未经许可一律不得驶入内河；等等。中国政府还多次谴责以干涉原则为依据的侵略和对领土的兼并制度。这些步骤，既有助于恢复和巩固中国自鸦片战争以来所丧失的独立和自主，也为中国以新面貌积极参加国际社会、同世界各国建立平等外交关系开辟了新的道路，为国际法的有效适用创造了良好的条件。

中国对于促进国际社会公正合理的法律秩序抱积极态度。一贯维护《联合国宪章》的宗旨和原则，认真执行公认的国际法规范和制度，如实履行自己的国际义务，参与国际合作，共谋和平。1954年，新中国首次以五大国之一的地位参加了讨论朝鲜和印度支那的日内瓦会议；1955年，参加了战后第一次由亚非国家自己举行的有29个国家参加的亚非会议。这些国际活动，为结束印度支那的殖民统治、加强亚非国家的合作与国际和平，均有重大意义。

1954年，中国同印度和缅甸共同倡导“互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处”五项原则。这五项原则，同旧国际关系中的“弱肉强食”形成鲜明对照。40年来，它不仅被载入了中国与各国所签订的友好、通商、交通等一系列双边条约或协定，以及其他各种宣言、声明、公报等重要的国际性文件，而且获得了国际社会的广泛承认，已经成为中国同外国以及各国彼此间建立友好合作关系的一种基本原则。特别值得注意的是，中国依据这五项原则，于1955年至1963年，分别同缅甸、尼泊尔、蒙古、巴基斯坦、阿富汗等邻国，签订了边界条约；同印度尼西亚签订了有关解决双重国籍问题的条约。这些条约为执行睦邻外交政策、和平解决国际争端产生了显著影响。新中国成立后，除同许多国家签订了有关政治、经济、贸易、文化、科技等方面的大量双边条约外，据1987年的统计，还先后参加（包括批准、核准、加入、接受和承认）了重要的全球性公约，如《国际货币基金协定》、《国际民用航空公约》、《南极条约》、《维也纳外交关系公约》、《关于难民地位的议定书》、《国际纺织品贸易协议》等70多项^⑤。中国幅员广大，人口众多，富有影响力，参加这些全球性公约，不但真正体现了公约的普遍性，增加了适用空间，也大大提高了公约的实质效力，扩大了社会基础。

所有这些新型国际关系的形成，标志着：在鸦片战争150年之后，中国的国际地位已经发生巨大变化。它作为一个广大国际社会的平等成员和完全独立的主权国家，对现代国际法律秩序的维持与发展，起着日益重要的作用。

注 释：

- ① 参见菲德罗斯：《国际法》（李浩培译），1981年，上第10—18页。
- ② 周鲠生：《国际法》1976年，上第8页。
- ③ 参见Hersh Lauterpacht, *International Law*, Volume I, 1978, PP. 9—49.
- ④ 陈顾远：《中国国际法溯源》，商务印书馆，1934年，第10—20页。
- ⑤ 韩念龙等《当代中国外交》，1988年，第484—494页。

（本文责任编辑 车 英）