

国际法的不确定性

——反思与重构

蒋若云

华东政法大学国际法学院，上海

收稿日期：2023年10月11日；录用日期：2023年11月9日；发布日期：2023年11月17日

摘要

自诞生之日起，国际法就以“无法确定地规范国际事务中的任何事项”作为最大特点，这既是国际法的特质所在，也是多年来其被质疑是否真正是一门法律的根源。国际法的不确定性主要源自其语言不确定性、内容不确定性和实质不确定性。如何理解和克服国际法的不确定性，成为未来国际法学关注的方向。理想的状况是，国际法既能保持其在实践中的灵活性，在解决国际事务中发挥积极的作用，又尽力避免因模糊和不确定导致被滥用的风险，最终实现两者的平衡。目前，学界的普遍认知为，可以使用“解释的共同体”这一概念来解决国际法的不确定性问题。

关键词

国际法，法律的不确定性，批判法学

Indeterminacy of International Law

—Rethinking and Reframing

Ruoyun Jiang

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 11th, 2023; accepted: Nov. 9th, 2023; published: Nov. 17th, 2023

Abstract

Since its birth, international law has been best characterised by its “inability to regulate with certainty any matter in international affairs”, which is both a characteristic of international law and the source of the questioning over the years as to whether it is truly a law. The issue of legal indeterminacy has been a constant preoccupation of critical jurisprudence and poses a fundamental challenge to traditional international rule of law theory. The indeterminacy of international law stems mainly from its linguistic indeterminacy, content indeterminacy and substantive indeter-

minacy. How to understand and overcome the indeterminacy of international law has become a direction of concern for international jurisprudence in the future. The ideal situation is for international law to maintain its flexibility in practice and play a positive role in the settlement of international affairs, while endeavouring to avoid the risk of abuse due to vagueness and indeterminacy. How to achieve a balance between the two is perhaps the direction that the academic community should consider when constructing a new theory of the international rule of law. It is now widely recognised that the concept of a “community of interpretation” can be used to address the problem of uncertainty in international law.

Keywords

International Law, Legal Indeterminacy, Critical Jurisprudence

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

国际法的一大特点，或者说其最具争议的一点，就是它无法回答实践中的大多数问题。对于如何判断习惯国际法的确立、选择何种方法解释条约、如何平衡国家主权与国际治理等问题，国际法不仅没有明确的答案，有时甚至在不同的案例和情况下给出完全相反的答案。

从根本上说，国际法无法回答具体问题的核心原因在于其缺乏确定性。所谓“法律的确定性”是指法律总是为特定案件提供唯一确定的答案。相反，当法律可以提供几种对特定情况同样合法的不同解决方案时，法律就可以被视为不确定的[1]。

事实上，学者们曾广泛讨论过国际法的不确定性问题。国际法的不确定性究竟意味着什么？它是否意味着决策过程充满变数或国际法无法得出明确的结论？或者，更激进地说，正如这位学者所说：“(在国际法中)不存在所谓的正确决定，只有对一种结果或另一种结果的政治偏好[2]。”经过多年的争论，国际法的不确定性已被公认为主流理论[3]。那么，不确定性对国际法有何影响？不确定性的另一种说法是灵活性，因此无法回答具体问题的国际法也可能是适应性强的法律，更适合复杂多变的国际事务。但是，如果一部法律不能提供确定性，它又如何保持其独立性和稳定性呢？它能真正起到约束和指导行为的作用吗？

本文旨在重新思考国际法的不确定性理论，分析其优缺点，并试图提出克服这一理论的解决方案。本文的论述过程如下。文章首先简要介绍了国际法的不确定性理论，重点阐述了造成这种不确定性的原因。文章还指出，不确定性为国际法在现实世界中的应用带来了积极影响。然后，文章对不确定性理论进行了批判，认为国际法有时需要稳定性才能成为法律，过于强调不确定性可能会鼓励规则的滥用，甚至使国际法成为全球政治博弈的工具。文章还试图提出克服不确定性的方法。最后，文章得出结论，滥用不确定性会使国际法显得软弱无力，而拒绝灵活运用则可能导致僵化，应在两者之间找到平衡，引入“解释的共同体”是一种值得考虑的手段。

2. 国际法的不确定性

国际法中的不确定性是一个成熟的理论。这种不确定性主要是由开放的话语、不明确的规则和国际法本身的性质造成的。不可否认，不确定性是国际法的一个特征，它积极促进了国家争端的解决和国际社会的调节。

2.1. 国际法不确定性的原因

一般来说,国际法中的不确定性可能由以下原因造成。首先,由于语言本身的模糊性,存在语言上的不确定性,这在所有形式的法律中都普遍存在,但在国际法的适用中更为明显和常见[2]。其次,由于学说的差异和国家实践的分歧,存在国际法内容、规则和体系上的不确定性。最后一个原因是基于国际法的本土思想,即“实质性不确定性”。

2.1.1. 语言的不确定性

首先,让我们从语言的不确定性谈起。这一概念首次出现在哈特的著作《法律的概念》中。书中指出,法律话语本身具有“开放的质地”(open texture)[4]。每一个法律话语都有固定的核心含义和“不确定性的半影”(penumbra of uncertainty),其中前者代表那些法律适用明确、结果显而易见的案件;后者代表那些既没有明显适用的词语,也没有明显排除的词语的情况[5]。在这一点上,语言固有的不确定性或灵活性可能会导致相互矛盾的解释,从而引发对规则的质疑。

事实上,有人指出,国际法领域也有类似语义不确定的例子。例如,关于临时措施的约束性,《国际法院规约》第41条的英文文本和法文文本的正式译文之间存在差异,第41条的英文文本使用了“indicate”、“which ought to be taken”等术语,与法文文本中的“doivent être prises”和“indication de ces mesures”并不直接对应。¹国际法院在拉格朗案中就被要求必须对这一问题作出回应。²同样,在《公民权利和政治权利国际公约》³第1条中使用“所有人民”一词来描述自决权时,土著人民是否也包括在内,这也是可能引起类似辩论的另一个例子[2]。此外,与其他形式的法律相比,这种不确定性在考虑习惯国际法时更为明显。尽管《国际法院规约》第38(1)(b)条定义了习惯国际法,但给出的概念都很抽象,如“一般惯例”和“法律确信”(opinio juris)。定义本身甚至没有一个公认的文本,但它“就像一个黑洞,从其效果而非直接观察中推断出来[6]。”

诚然,在一个法律体系中,某种程度的语义不确定性是不可避免的。然而,毫无疑问,这种不确定性在国际法中被放大了。缺乏共同语言使得法律本身具有不确定性,也使得国际法中的特定问题难以得到明确的答案,这就像巴别塔的故事一样。

2.1.2. 内容的不确定性

国际法也因其内容的不确定性而无法回答具体问题。考虑到国家实践的不足或国家观点的冲突,国际法关于许多问题的规则都具有不确定性。

举例来说,国际法规定了特别法优先于一般法的原则,但即使是这一看似简单的规则也充满了不确定性,例如什么构成特别法,什么不构成特别法。⁴同样,国际社会普遍承认强制法(jus cogens)最终优先于任何条约法,但其适用本身就具有不确定性。尽管《维也纳条约法公约》明确将强制法定义为:“……为整个国家之国际社会所接受并承认为不得减损之规范,且仅得由随后具有相同性质之一般国际法规范予以修改。”⁵然而,这一规定并不能从根本上解决问题。因为事实上它只是将决定权交还给了国家本身。在将一项规则从普通规则提升为强制法的过程中,那些已经自愿受该规则约束的国家自然不会反对,但为什么那些原本不接受该规则的国家会突然受其约束,甚至将其视为强制法呢?因此,有人认为这一定义是一个“悖论”和“没有定义的概念”[7]。

¹Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 33 UNTS 993, art 41.

²LaGrand Case (Germany v. United States of America) (2001) 40 ILM 1069, ICJ Reports.

³International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, art 1.

⁴International Law Commission, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law” (UN Doc A/CN.4/L.682/2006) <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf>2023年9月12日访问。

⁵Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, art 53.

从上述情况可以看出，由于缺乏一个能够建立国际法内部有序和等级结构的准则，国际法的应用变得混乱，国际法在现实世界中提供具体答案也变得具有挑战性。

2.1.3. 实质的不确定性

与上述两种较为温和的观点不同，一些学者对国际法的不确定性持更为激进的看法。这种观点认为，国际法规则不具有任何决定性意义，在他们看来，“正如烹饪中的配料不能决定结果一样，国际法规则也不能决定结果[2]。”

科斯肯涅米(Koskeniemi)对国际法不确定性问题的阐述最具代表性。他认为，国际法的不确定性是由“自由主义政治学说的矛盾性”决定的。一方面，国际法不能仅仅是道德原则或逻辑演绎，因为那样会脱离现实，成为乌托邦；一方面，国际法不能脱离国家实践，但也不能完全服从国家意志，因为那样会使其沦为对国际社会的简单描述，成为国际政治的工具。因此，它在建立之初就陷入了自相矛盾的两难境地。因此，他得出结论：“国际法作为证明或批评国际行为的一种手段，是毫无用处的。”换言之，从这一观点出发，国际法的不确定性是结构性和绝对性的。任何形式的措施都只是短期解决方案，无法永久结束不确定性。这种观点也被称为国际法的“虚假必要性[8]”。

总之，由于语义的不确定性、国家实践的多样性以及国际法自身的性质，国际法体系具有一定程度的不确定性，无法对具体问题给出明确的答案。

2.2. 不确定性对国际法的增益

如上所述，国际法固有的不确定性使其在面对具体问题时显得毫无用处。然而，这种不确定性并不反映国际法是无效的或软弱的，也不“排除存在一些基本指标来说明什么是法律，什么是非法律[9]”；相反，这种形式主义和不确定性正是国际法的成功之处。由于它拒绝为未来的争端提供明确的答案，因此在解决国家间争端时更加灵活，允许各方诉诸相同的法律概念，但以不同的方式解释这些概念，以支持各自的立场。有学者指出，现代国际法的目的是初步建立一个框架，程序、解释和正义等问题应在特定案件的背景下具体研究[10]，不确定性在这里确实起到了一定的作用。

3. 对国际法不确定性的反思

随着研究的不断深入，学术界对国际法不确定性理论的理解也在不断发展变化，在赞扬其积极影响之后，或许是时候开始反思了。

3.1. 批判与质疑

国际法的明确性

国际法也需要一定程度的确定性是什么意思？举例来说，在国际私法中，当涉及法律适用问题时，“一个好的法律选择体系倾向于以简单、统一和可预测的方式提供答案[11]”。在这些情况下，如果国际法仍然不确定，当事人将无法预见其行为的法律后果，也无法提前做出计划，这不仅会导致风险，还有可能提高诉讼成本，并可能导致法官的工作压力增大。

此外，国际法并非总是不确定的。尊重国家主权、保护人权、追求公平、正义与和平等国际社会共有的常识，在国际法处理一些具体问题时也应有所体现。在这方面，国际法具有道义性，在面对国际问题时应给出明确的答案或表达某些倾向。

3.2. 克服与改良

面对国际法中不确定性的潜在有害后果，国际社会并没有听之任之。一些学者建议使用“解释的共

团体”这一概念来解决不确定性问题[12]。

解释性共同体最初是读者反应批评中的一个理论概念，后来被用于国际法领域。它认为，在条约解释中，解释的权威既不在于文本，也不在于读者个人的理解，而是受解释群体的共同信念和理解的支配，解释性共同体是“由一系列构造解释过程的惯例和制度实践所界定和构成”[13]。Andrea Bianchi 也提到了这一概念，他反对国际法的确定性和不确定性，认为国际法的内容是由特定背景下的解释群体决定的[14]。引入解释的共同体这一概念，是国际法学界对克服国际法的不确定性所作出的重要努力。具体而言，他认为国际法规则的内容并非由公约或条约的文本所决定，而是因为其在制定的过程中在各个制定者之间达成了广泛的共识，而各个制定者之间虽然思想、观念、环境不同，但制定规则是考虑到的过去的经验、知识、前见相似，因此可以克服文本的含糊性，在具体的语境下确定规则的含义。从长远来看，引入“解释的共同体”这一理论放弃了对国际法规则的字面含义的理解，从文本和语境最终转向机构和解释者，最终导向构建更加完善的国际协商机制与谈判场所，这是一个重大的方法论转变[14]。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[12]。

然而，解释群体也不是解决不确定性的完美办法。首先，不同群体对法律规则的解释可能存在冲突，要决定采用哪种解释并不容易。其次，国际法的分化也可能导致解释共同体的分化，这不仅无法达到维护法律确定性的目的，而且这些相互冲突的解释共同体可能会加深国际法的分化[15]。最后，不同解释群体之间的影响力不同，在法律解释过程中，也有一些群体“有更多的机会进入权威话语的场所，有更多的资源来推动某些观点，压制其他观点[16]。”因此，在推广这一理论的同时，同样有必要的是增强发展中国家的话语权，使广大的发展中国家群体在解释规则时能更好表达自身诉求与利益。

4. 结论

总之，国际法的不确定性将实践中的灵活性与滥用的风险结合在一起。通过比较不同学者的观点，本文认识到立法者无法预测未来可能发生的一切，也无法限制法官对规则的解释，因此法律本身具有不确定性。条约、国际习惯法和公认的法律原则作为国际法的渊源，需要当事人或国际社会的同意才能生效，当国家意志介入时，不确定性就扮演了一个非常微妙的角色。僵化的规则无法应对复杂多变的国际事务，而不明确的规则则会导致国际法的运作总是偏向于强国的利益、价值观和愿望。有学者认为，“争取国际法治就是反对政治[10]”，但在笔者看来，与其将政治与国际法完全对立起来，不如正视国际法本身所蕴含的政治特征，将不确定性作为弥合二者分歧的工具。国际法的不确定性无法回避，但更重要的是在灵活运用中找到平衡，构建合理的法律解释体系。对于发展中国家而言，应当合理运用法律解释方法，在国际法的制定、解释和实施的过程中，积极就有关国际社会价值、利益、分配等基本问题进行公开讨论和决策的过程，并坚持民主、包容、公开、透明等程序性原则，在结果上追求公平正义。国际法治是广大发展中国家结合国际社会通过法律规则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过程。

参考文献

- [1] Leiter, B. and Coleman, J.L. (1993) Determinacy, Objectivity, and Authority. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 549-637. <https://doi.org/10.2307/3312546>
- [2] Crawford, J. (2014) *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, General Course on Public International Law. Brill Nijhoff, Leiden, 114-115.
- [3] Venzke, I. (2012) *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford University Press, Oxford, 46-48. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199657674.001.0001>

-
- [4] Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*. 3rd Edition, Oxford University Press, Oxford, 144. <https://doi.org/10.1093/he/9780199644704.001.0001>
- [5] Hart, H.L.A. (1958) Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, **71**, 593-629. <https://doi.org/10.2307/1338225>
- [6] D'Amato, A. (1973) *International Customary Law and Codification*. By H. W. A. Thirlway Leiden: A. W. Sijthoff, 1972. Pp. Xii, 158. Index. *The American Journal of International Law*, **67**, 357-359. <https://doi.org/10.2307/2199449>
- [7] Lowe, V. (2011) *International Law*, Oxford University Press, Oxford.
- [8] Koskenniemi, M. (2006) *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press, Cambridge. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493713>
- [9] D'Aspremont, J. (2011) Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, Oxford University Press, Oxford, 141. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199696314.001.0001>
- [10] Koskenniemi, M. (1990) The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, **20**, 4-32. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.ejil.a035781>
- [11] Ferrari, F. and Fernández Arroyo, D.P. (Eds.) (2019) *Private International Law*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 15. <https://doi.org/10.4337/9781789906905>
- [12] 陈一峰. 国际法的“不确定性”及其对国际法治的影响[J]. *中外法学*, 2022(34): 1102-1119.
- [13] Johnstone, I. (1991) Treaty Interpretation, the Authority of Interpretive Communities. *Michigan Journal of International Law*, **12**, 371-419.
- [14] Bekker, P.H.F., Dolzer, R. and Waibel, M. (Eds.) (2010) *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*. Cambridge University Press, Cambridge. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511675881>
- [15] Bianchi, A., Peat, D. and Windsor, M. (Eds.) (2014) *Interpretation in International Law*. Oxford University Press, Oxford, 165. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725749.001.0001>
- [16] Barnett, M. and Duvall, R. (Eds.) (2004) *Power in Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 193. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511491207>