

作为国际法规范的“保护的责任”

——以国际法渊源为基准

史晓曦

内容提要 在联合国的大力推动下,“保护的责任”作为一个重要概念,正进入国际社会成员针对集体行动的讨论之中。然而,这个新理念是否已经成为一项国际法规范则尚存争议。按照传统的国际法理论,“保护的责任”在法律效力、规范认同等各个方面都存在缺陷。但是,依据国际法渊源的理论,“保护的责任”原则可以从人权公约中找到其法律效力来源,特别是《联合国宪章》以及《关于防止及惩治种族灭绝罪公约》等国际法文件;此外,由于“保护的责任”已经通过了联合国大会的审议,并且在重大国际决策中成为各个国家绕不开的议题,因此可以说,“保护的责任”包含在正处于发展中的国际社会的基本价值中。总之,“保护的责任”是一种国际政治话语策略,而不是一个无法律效力的、空洞的政治修辞。

关键词 国际政治理论 “保护的责任” 国际人权法 法律渊源 法律效力

2001年,加拿大政府资助成立的“干涉与国家主权国际委员会”(ICISS)创

* 史晓曦:中国社会科学院西亚非洲研究所助理研究员。(邮编:100007)

** 感谢《国际政治研究》匿名评审专家的意见和建议。文中不当之处,概由笔者负责。

设“保护的责任”(The Principle of Responsibility to Protect, R2P)原则,作为一种新型的国际人权保护制度。该原则主张:(1) 国家承担保护其国民的首要责任;(2) 在国家不愿或者无力承担该责任时,国际社会履行保护责任;(3) 责任方式包括预防、反应、重建;(4) 武力干涉手段必须遵循合理授权等六项准则。经过联合国及区域组织的大力推动,在2005年召开的世界首脑大会上,多数国家承认了该原则,通过《世界首脑会议成果》确认“保护的责任”为适用于四种罪行(灭绝种族、战争罪、族裔清洗和危害人类罪)的原则。2009年,时任联合国秘书长潘基文在第63届联大会议上做了题为《履行保护的责任》(*Implementing the Responsibility to Protect*)的报告,重申了2005年《世界首脑会议成果》第138、139段有关“保护的责任”的内容,并且提出落实“保护的责任”的方案。^① 不过,在理论界,关于“保护的责任”的法律性质存在激烈争论。有学者指出,这项原则建立在与主权、和平和安全、人权,以及军事冲突相关的国际法规范基础之上,因此,应被视为一项国际法律。^② 反对意见则认为,由于未曾设置可操作的法律救济机制,而且在国际文件中的用语模糊、难以清晰地界定,“保护的责任”与其说是一项指引行为方式的国际法规范,毋宁说只是一个“政治修辞”,方便有关国际性力量介入他国事务。^③ 对有关争议加以辨析,从而明确“保护的责任”的法律性质,是理论研究的一个任务。本文拟以法律实证主义的分析方法,研究“保护的责任”在国际法上的依据,尝试性地认定其法律性质。

一、如何认识“国际法”:两种理论视角

在国际法理论中,存有认识“国际法”的两种不同视角:一种是“国际法的国内思考模式”,另一种是国际法的实证主义视角。

^① Gareth Evans, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Washington, D. C., Brookings Institution Press, 2008; Alex J. Bellamy, *Responsibility to Protect*, Cambridge: Polity Press, 2009. 我国学者的相关研究,可参见李斌:《〈保护的责任〉对“不干涉内政原则”的影响》,《法律科学》2007年第3期;黄瑶:《从使用武力法看保护的责任理论》,《法学研究》2012年第3期;贾庆国主编:《全球治理:保护的责任》,北京:新华出版社2014年版;刘铁娃主编:《保护的责任:国际规范建构中的中国视角》,北京大学出版社2015年版。

^② Aidan Hehir, “The Responsibility to Protect and International Law,” in Philip Cunliffe, ed., *Critical Perspectives on the Responsibility to Protect: Interrogating Theory, Practice*, New York: Taylor and Francis e-Library, pp. 84-85.

^③ Carsten Stahn, “Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?” *The American Journal of International Law*, Vol.101, No.1, Jan., 2007, pp.116-118.

以国内法的模式来构筑国际法,依照日本国际法学家大沼保昭的研究,是具有悠久学术传统的一种理论。早在近代国际法萌芽之前,格劳秀斯(Hugo Grotius 1583—1645)就是借用罗马法的材料来构建其关于国家间关系的法学理论,无论使用的是市民法规则还是万民法诸规则,基本上都是罗马的国家法。这种做法对后世产生了巨大影响,沃尔夫(Christian Wolff, 1679—1754)、普芬道夫(Samuel von Pufendorf, 1631—1694)和瓦泰勒(Emmerich de Vattel, 1714—1767)等近代国际法先驱都承袭了这种理论传统,从而在一定程度上影响了近现代国际法的分析风格。大沼保昭指出,“国际法的国内思考模式”的实质在于一种为国际社会设立裁判规范的努力:“尽管在国际社会中作为法律的裁判规范所起作用相当有限,人们却以国家法为模式,设法构筑作为裁判规范的国际法理论。”^①

但是,以国内法为模板来认识国际法,这种视角存在严重的理论缺陷:第一,以国内法作为构建国际法的参照物,势必把国家预想为如同个人一样的平等主体。在国内社会中,个人拥有平等的权利和义务,这种权利和义务一方面是由国家法予以界定及保护;另一方面,又限于国家法作为实证法的规定,而是在自然法理念的影响下,反而可对国家法的完善、修改和变更产生作用。^②但是在国际领域,既没有如同国内立法机构那样的国际权威来确定各个国家的平等的权利和义务,也难以有效回应国家基于“自然法理念”“自然权利”或者其他抽象观念提出的诉求。20世纪30—40代,在中南美国家推动下,联合国国际法委员会曾经起草《关于国家的权利义务的宣言》,试图把国家的平等的权利义务实证化,但这种做法最终无疾而终,奥地利法学家凯尔逊(Hans Kelsen)指出其中的理论疑难:“一般国际法规范对国家课以义务,并依此来赋予其他国家以权利。将某一原则定义为义务,而将另外的原则定义为权利,这种做法导致部分互相重复的定义,从而也就缺乏一惯性”。^③第二,国际领域难以出现国内法的那种统一行使国家司法权的裁判机构。目前,虽有国际法院这样的国际法裁判机构,但国际法院的裁判无法依靠某种超越于主权国家的权威作为后盾来保证其执行,而是要依赖国家的同意,而且,从国际法院的历

① [日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,王志安译,北京:三联书店2009年版,第29、31—37页。

② John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 18-19.

③ 转引自[日]大沼保昭:《人权、国家与文明》,第45页。

史发展来看,国际司法裁判是否正逐步获得国际社会所尊崇的权威,尚难以定言。^①此外,国际上对国际法院还存在质疑声,例如,欧美及日本等发达国家主张,从条约解释统一性要求着眼,应将争端一元性地归属于国际法院管辖,但是,这样的提议遭到发展中国家的反对,后者认为国际法院的许多判例倾向于维护欧美利益,在法律适用上持保守态度。^②总而言之,由于存在着不能与国内法相等同的主体状况、不具备与国内法相似的裁判机制,“国际法的国内法思考模式”缺乏理论说服力。

前述认为“保护的责任”是政治修辞而非法律规范的观点,正是一种“国际法的国内法思考模式”。依照此视角,在当前国际环境下不可能存在任何有意义的国际法规范。譬如,即使顺应批评者的意见,规定“当事国不愿或无力履行首要保护责任时,第三国拒不实行有效保护行动的,应当承担某种否定性的法律后果”,但是,由于缺乏可信的裁判机制和可强制执行的保障机制,“国际法惩罚国家的实际可能性不大”,^③因此,无论怎样的补充规定实际上都仍然摆脱不了“政治修辞”的讥讽。

国际法的实证主义视角强调:国际法不同于国内法,后者存在能够生成普通法律的至高规范(宪法),以及制定、变更和废止法律的机构与程序,不过,这并不意味着缺乏判断国际法规范是否存在标准,可以从某一国际规则的效力“渊源”判断其存在与否。例如,英国国际法学者肖(Malcolm N. Shaw)指出的,国际法规则虽然不能如同国内法规则那样易于辨识,然而也并不是不可识别的,“国际法的确是存在和可明确的。存在着国际法规则可以从中提取和分析的‘渊源’”。^④

所谓法律渊源,是指“行为规则所由发生和取得法律效力的历史事实”。^⑤

① 例如,日本国际法学者杉原高领教授就认为国际司法裁判制度尚未获得国际社会普遍承认的权威。〔日〕杉原高领:《国际司法裁判制度》,王志安、易平译,北京:中国政法大学出版社2007年版,第42页。

② 对国际法院强化其强制管辖权持乐观态度的学者也认为,国际法治环境中具有权威地位的裁判权应当建立在各国基于对安全和公正的期盼而表达的同意之上。参见刘芳雄:《国际法治与国际法院的强制管辖权》,《求索》2006年第5期。

③ 朱文奇:《国际人道法》,北京:中国人民大学出版社2007年版,第394页。

④ Malcolm N. Shaw, *International Law*, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 70.

⑤ 劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷第一分册),王铁崖、陈体强译,北京:商务印书馆1989年版,第17—18页。

《奥本海国际法》指出,国际法的渊源有两个:各国的明示同意和默示同意。^①国际司法实践对此进行限定,如《国际法院规约》第38条的表述,“法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(子)不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者。(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。(卯)在第59条规定^②之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者”。国际法学领域权威专家指出,这个第38条规定有助于说明什么是国际法的渊源。^③

迄今为止,对“保护的责任”的最权威的承认,是2005年联合国大会审议通过《世界首脑会议成果》。^④当然,仅一份联大会议文件尚不足以说明“保护的责任”具有坚实的法律效力来源。下文将以“国际法渊源”为基准,更细致地分析梳理“保护的责任”的国际法效力来源。

二、“保护的责任”的国际法属性:三层效力渊源

依照《国际法院规约》第38条所排列的法律效力层级,国际法规范的法律渊源主要有四个层次:条约法、习惯国际法、一般国际法原则、国际司法判例及权威学说。由于尚未有“保护的责任”的国际司法判例出现,而且有关“保护的责任”的法律性质讨论依然处于分歧中,无法在“国际司法判例及权威学说”中寻找保护的责任的法律依据,因此,下文将分析“保护的责任”的三层效力渊源。毋庸讳言,国际人权法、人道法等领域的条约、习惯、一般原则浩若烟海,本文无力穷尽其中所有涉及“保护的责任”的内容,因此,只能择其要旨论述,旨在说明“保护的责任”具备国际法上的实证基础。

① 劳特派特修订:《奥本海国际法》,第18页。

② 第59条规定:“法院之判决除对当事国及本案外,无拘束力。”这条规定否定了国际法院的司法判例具有类似普通法国家判例法效力的可能性。

③ 王铁崖:《国际法的渊源》,载邓正来编:《王铁崖文选》,北京:中国政法大学出版社2003年版,第176页。

④ 王铁崖先生在其著作中认为,“联合国主要机关的决议在国际法上不仅有重大的政治意义,还有重大的法律意义。其中特别是联合国大会的决议对国际法有重大影响”。参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第107页。有学者根据王铁崖先生的这种观点,把联大决议作为“能帮助国际法院来找到国际规则”的辅助渊源,参见朱文奇:《现代国际法》,北京:商务印书馆2013年版,第51—53页。

(一) 条约法中的“保护的责任”效力渊源

在当今社会,《联合国宪章》具有特殊的重要性:它得到世界范围内 193 个国家无保留的接受,它清晰地勾勒出关于国际法律秩序的结构及内容的国际共识。^① 作为“保护的责任”原则最重要的国际法渊源,一方面,《联合国宪章》明确规定了国际人权保护责任和程序,是“保护的责任”的“直接法律渊源”;另一方面,从内化于《联合国宪章》的法律精神及其规定的联合国的宗旨中,也能推导出相关的人权保护规范,是保护的责任的“间接法律渊源”。

就“保护的责任”的“直接法律渊源”而言,《联合国宪章》序言及规定总目标的第 2 条第三款最为重要,这两处文字确立了国际社会保护人权的责任。同时,通过第 2 条第七款的“但书”,《联合国宪章》否定主权的绝对性,为国际社会使用宪章第七章规定的诸种方法介入主权国家事务进行人权保护,奠定了制度基础。此外,《宪章》第九章“国际经济及社会合作”中,第 55 条第三款规定联合国应促进“全体人类之人权及基本自由之普遍尊重与遵守,不分种族、性别、语言或宗教”,第 56 条规定“各会员国担允采取共同及个别行动与本组织合作,以达成第五十五条所载之宗旨”。^② 这两个条款实际上既规定了国际社会及各主权国家保护人权的责任,又规定了实现这种保护的路径:通过联合国,以及各会员国集体和个人行动,与联合国合作从事人权的国际保护。

在许多专门性人权保护条约中,也能为“保护的责任”寻找到直接的法律依据。例如,《防止及惩治灭绝种族罪公约》是有关“保护的责任”适用罪名“灭绝种族罪”最重要的国际公约。该公约是国际社会目前在灭绝种族罪方面通过的最具权威的法律文件,国际刑事法庭和国际刑事法院的法律文件中所规定的“灭绝种族罪”的规定,都是从这个公约援引而来。^③ 该公约第 1 条规定国家防止及惩治灭绝种族罪的义务:“缔约国确认灭绝种族行为,不论发生于平时或战时,均系国际法上的一种罪行,承允防止并惩治之”。第 2、3 条规定“灭绝种族罪”的定义及其行为模式,第 4 条规定灭绝种族罪的犯罪主体:“凡犯灭

^① R. Thakur, “The Responsibility to Protect,” in R. Thakur, ed., *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 245.

^② 《联合国宪章》,中文版本,参见联合国官方网站:<http://www.un.org/zh/documents/charter/index.shtml>, 2017-06-25。

^③ 朱文奇:《现代国际法》,第 533 页。

绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者,无论其为依宪法负责的统治者,公务员或私人”。而对于“保护的责任”的国际法渊源而言,更重要的是公约第5条(缔约国承诺制定法律惩治灭绝种族罪)、第8条(缔约国可提请联合国的主管机关,请后者根据《联合国宪章》采取防止灭绝种族罪的行为)、第9条(关于国际法院的管辖条款)。^①因此,公约明确规定当事国“保护其国民免受灭绝种族罪侵害之责任”,同时也为当事国无力防止该罪行时“邀请”国际社会的保护力量介入,设置了制度上的通途。

另外,“保护的责任”适用范围的第二项罪名“战争罪”,作为国际法上的重要罪行,在许多国际公约中都有规定。就目前而言,最为重要的关于战争罪的国际公约包括:《关于陆地战争法与习惯公约》(1899年第一次海牙会议签订)、《关于陆地战争法与习惯公约》(1907年举行了第二次海牙会议,补充和代替1899年的公约和宣言)、《日内瓦公约》(1949年8月12日签订,包括四个公约)、《日内瓦公约的两个附加议定书》(1977年6月8日签订),等等。^②传统国际人道法区分国际与国内武装冲突,对于后者的规定较为温和。然而,随着国内武装冲突日益频繁,四个《日内瓦公约》都分别在其第3条规定中要求非国际性武装冲突中各方应遵守的“最低限度”,成为认定国内武装冲突中战争罪的重要依据。该规定在《日内瓦公约的两个附加议定书》里得到详细解释。《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第2条也明确规定“国际法庭应有权起诉犯下或命令他人犯下严重违反1949年8月12日各项《日内瓦公约》的情事”,使得“战争罪”成为国际人道法的一个组成部分,在法律性质上不再区分国际武装冲突或国内武装冲突,就违反该罪而言,既需追究国家责任,又需追究个人的国际刑事责任。^③这个规定为“保护的责任”的适用确立了法律依据。

“保护的责任”的另一项适用罪名“危害人类罪”,最早确立在《纽伦堡国际军事法庭宪章》第6条(c)和《远东国际军事法庭宪章》第5条(c)中。《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第5条规定:“国际法庭应有权对国际或国内武装冲突中犯下下列针对平民的罪行负有责任的人予以起诉:(a) 谋杀;

^① 公约中文版见中国人大网: http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1983-03/05/content_1480980.htm, 2017-06-25。

^② 朱文奇:《现代国际法》,第537页。

^③ Malcolm N. Shaw, *International Law*, pp. 434-435.

(b) 灭绝;(c) 奴役;(d) 驱逐出境;(e) 监禁;(f) 酷刑;(g) 强奸;(h) 基于政治、种族、宗教原因而进行迫害;(i) 其他不人道行为。”^①《国际刑事法院罗马规约》第7条规定:“危害人类罪”是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中实施的不人道行为。依据这两个条文,可知当代国际刑事法中追究危害人类罪,不再考虑规定中的反人道行为是否发生在国际或国内武装冲突甚至是否发生在武装冲突中。虽然这样的解释还存在争议,但是,前南国际刑事法庭已通过1995年的“塔迪奇案”(Prosecutor V. Tadic)确认“危害人类罪并不需要与国际武装冲突存在联系”。^②这在客观上为“保护的责任”适用于该项罪名奠定了国际刑事法方面的法律基础。

就“间接法律渊源”而言,《联合国宪章》本身是一个有生命力的文件,可以根据人道主义的需要,通过解释而不断扩展其内容,^③因此,通过对《宪章》做出的适合当前国际法运作环境,以及其他如国际人权法、国际人道法等领域国际法规则的解释,可以找到更多关于“保护的责任”的效力渊源。例如,关于合法使用武力条款的解释,“干涉与国家主权国际委员会”(ICISS)报告,以及联大后来通过的成果文件所设计的“保护的责任”原则在这一点上都没有明确规定。^④《联合国宪章》第2条第四款规定:“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立”,以及同一条第三款,呼吁联合国所有会员国“应以和平方法解决其国际争端,避免危及国际和平、安全及正义”,构成了非武力解决争端的国际法原则。国际法除宪章第51条规定的国家自卫权及宪章第七章里规定的集体安全措施外,原则上禁止使用武力。^⑤依据对这些条款的字面理解,不能回答联合国安理会是否有权根据人道主义危机的状况建议或直接决定使用武力,这是国际法上的一大疑难问题。但是,从《联合国宪章》推导出国际人权法律保护精神和实践来看,遵守国际法规范而实施的军事干涉,是有国

① 《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》,参见中国政法大学国际法研究网,http://www.cupl-fil.com/ziliao_detail.asp?infoid=118,2017-06-25。

② Malcolm N. Shaw, *International Law*, pp. 436-438.

③ T. Franck, “Legality and Legitimacy in Humanitarian Interventions,” in T. Nardin and M. S. Williams, eds., *Humanitarian Intervention*, New York and London: New York University Press, 2006, p. 143.

④ 黄瑶:《从使用武力法看保护的责任理论》,《法学研究》2012年第3期。

⑤ 朱文奇:《现代国际法》,北京:商务印书馆2013年版,第393页。

际法依据的:首先,由于当前国际社会中与“国家安全”相对的“人类安全”的概念已获得了极大支持;^①其次,从20世纪90年代开始,联合国安理会对没有任何跨境联系的国内冲突授权进行干涉,已经成为一种获得国际社会多数国家认可的“常态”;^②第三,最重要的是,目前大部分国家都承认,紧张的人道主义情势可以构成对《联合国宪章》第39条所说的国际和平与安全的威胁。^③因此,可以把《联合国宪章》第39条解释为联合国安理会实行“保护的责任”下合法使用武力的效力来源:安理会判断人道主义危难已严重到构成“和平之危险、和平之破坏”的程度,有权建议或抉择依照宪章第41条及42条规定的方法,“以维持或恢复国际和平及安全”。据此,“保护的责任”行动得以实施的“授权”条件,在国际法上有法可依。

(二) 作为习惯国际法的“保护的责任”

传统的国际法理论认为,国际习惯是由于各国重复类似的行为从而使该行为获得法律约束力的结果。因此,传统国际法理论强调,习惯国际法基本上由两个要素构成:一个要素是各国的重复类似行为即国家实践,另一个要素是国家有法律义务采取此种行为的确信,即国际法院所谓的“法律确信”(Opinio juris)。^④二者之中,国家实践是客观的因素,从而要求成其为习惯国际法的国家实践必须体现出高度的一致性和普遍性,而“法律确信”是主观的因素,但也要求该要素必须外化为实践行动或者意见陈述。

如果按照上述传统国际法的理解,“保护的责任”由于还没有形成某种高度一致性和普遍性的实践,因此,难以称之为“习惯国际法”。然而,本文认为,国际习惯的形成过程已经发生变化:进入全球化时代,国家之间交往方便且频繁,“无国界”流动几乎已成为生活的常态,国际习惯有可能在较短时间内形成。已经有国际法学者指出,通过快速交往过程而形成的国际习惯法,可被称

^① Thomas G. Weiss, Ramesh Thakur, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2010, p. 57.

^② 例如,1991年的SC/RES/688、1998年的SC/Res/1181、2007年的SC/Res/1769等联合国决议。

^③ 例如,联合国各会员国通过2009年SC/RES/1894等决议所表达的主张。

^④ ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany V. Denmark) (Federal Republic of Germany V. Netherlands), ICJ Rep. 1969, 转引自 Malcolm N. Shaw, *International Law*, pp. 85-86.

为“即时‘国际习惯法’”(instant international customary law)^①。也就是说,在全球化、网络化的背景下,习惯国际法的成立侧重于国际法理论中的“法律确信”这一要素,而非国家反复实践形成的实践。

当然,“保护的责任”原则是否已经通过国际决议及其他国际权威文件的推动,成为主权国家行动的“法律确信”,是一个极具争议的话题。^②不过,通过对一些现实情况的观察,可以发觉某些乐观的迹象。例如,昆士兰大学国际法教授亚历克西·贝拉米(Alex J. Bellamy)等对2011年联合国授权干涉利比亚人道危机的分析,指出“保护的责任”原则在这次干涉行动中,至少产生三方面的贡献:第一,它能最大限度控制许多观察家事先提出的“道德危机”扩散的程度(观察家认为,国际社会的介入有可能导致政府军加大对反叛者的镇压);第二,从这次实践可以看出,在遇到重大人道主义灾难时,“保护的责任”原则能改变决策者仅仅关注军事行动的考虑,而把注意力扩展到恢复秩序、重建受干涉国家政制等方面;第三,通过建立“保护的责任”这样一种政治承诺,具有增强联合国授权的有效性的效果,使这种授权充分考虑到干涉的可能性、干涉者的能力等因素。在贝拉米等看来,“保护的责任”已然成为国际政治行动中的一个必须考虑的结构因素。^③这个看法虽然遭遇不少批评,但是,却至少指出一些正在形成“法律确信”的迹象。

事实上,在当前国际社会,国家间关系日益密切,信息革命更使任何国家无法孤立存在于世界上。正如“干涉与国家主权国际委员会”(ICISS)在《保护的责任报告》中所指出的,“人类的安全实际上是不可分割的。现在不存在这

① 英国学者郑斌(Bin Cheng)最早提出“即时‘国际习惯法’”(或译“速成国际习惯法”)的概念。他认为,现代国际习惯法的形成可以不是主要地依赖于国家的反复实践,而是更多地通过在联合国及其他国际组织的推动下,以国际公约或国际决议等权威文件的形式快速形成“法律确信”的方式而产生。关于“即时国际习惯法”的争议,参见〔德〕魏智通主编:《国际法》,吴越、毛晓飞译,北京:法律出版社2012年版,第82—87页。国内学者关于相关概念的研究,参见姜世波:《论速成国际习惯法》,《学习与探索》2009年第1期。

② 譬如,美国对于“保护的责任”的态度就是随着其外交政策的调整而不断变化的。参见史晓曦、蒋余浩:《美国对外政策中的“保护的责任”立场》,《美国研究》2016年第3期。中国官方和学者中也不乏对于“保护的责任”的批评声音,如曲星:《联合国宪章、保护的责任与叙利亚问题》,《国际问题研究》2012年第2期;何志鹏:《保护的责任:法治黎明还是暴政重现》,《当代法学》2013年第1期;张旗:《道德的迷思与人道主义干预的异化》,《国际政治研究》2014年第3期。中国国际问题研究院阮宗泽研究员认为,应当通过对“保护的责任”实施重构,建立一种“负责任的保护”的国际法制度,参见阮宗泽:《负责任的保护:建造一个更为安全的世界》,《国际问题研究》2012年第3期。

③ A. J. Bellamy and P. Williams, “On the Limits of Moral Hazard: the Responsibility to Protect, Armed Conflict and Mass Atrocities,” 2011, <http://ejt.sagepub.com/content/early/2011/05/12/1354066110393366>, 2017-06-25.

种情况,即一种人道主义的灾难发生‘在一个我们知之甚少的遥远国家’。在一个互相依存的世界里,安全取决于由稳定的主权实体形成的框架,如果存在一些脆弱的国家、陷入瘫痪的国家或者仅能依靠粗暴侵犯人权来维持内部秩序的国家,那么,就可能给所有人带来危险。”^①国家的内部武装冲突在当今世界均会产生强烈的溢出效应,难民流动、军火走私、甚至如海盗、毒品等问题均会对地区和其他国家带来影响,冲突之外的国家已难以在冲突中独善其身。此外,信息革命使得全球通信在瞬间就能实现,而且提供了前所未有的获取信息的可能性。其结果是大大增强了民众对“知情权”的要求。世界各地的危机和灾难,通过信息技术,加上那些直接出现在电视和其他传媒上的直观图像,充分展示了冲突给人们带来的痛苦。在不少情况下,大众对世界问题的关注给政府造成了政治压力,迫使政府对此做出反应。^②在此背景下,国际政治论辩的话语策略已经发生明显变化:在原本讨论人道主义干涉的场合,已经开始被关于“保护的责任”的议论所取代;同时,由于伊拉克战争导致的国内外负面影响,美国在主导人道干涉方面的地位也被明显动摇。^③这种国际政治现实和话语策略的变化表明,国际社会正处于一个逐步接受“保护的责任”的过程中,而“保护的责任”正逐渐成为一个国际行动中的“实践”。^④

(三) 一般国际法原则上的“保护的责任”效力渊源

与国际习惯法不同,国际法一般原则不再依赖于国家实践的构建,重要的

^① ICISS, *The Responsibility to Protect*, Ottawa: International Development Research Center, 2001, paragraph 1. 29.

^② 赵晓春:《信息革命对当代国际关系的影响》,《国际关系学院学报》1998年第4期;初育国:《信息革命与当代国际关系》,《国际政治研究》2003年第1期。

^③ Alex J. Bellamy, “Responsibility to Protect or Trojan Horse? The Crisis in Darfur and Humanitarian Intervention after Iraq,” *Ethics and International Affairs*, Vol.19, No.2, 2005, pp. 31-53; J. Pattison, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect: Who Should Intervene?* Oxford: Oxford University Press, 2010; A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

^④ 这种“实践”经常是通过政治话语策略的方式表现出来的,例如,安理会2011年3月17日表决关于在利比亚建立“禁飞区”的1973号决议时,美国驻联合国代表苏珊·赖斯的发言几乎可以看作是沿着“保护的责任”逻辑展开的样本。参见《安全理事会第六四九八次会议》,联合国文件:S/PV. 6498。当然,这并不意味着美国政府乐于全面推进“保护的责任”原则。参见史晓曦、蒋余浩:《美国对外政策中的“保护的责任”立场》,《美国研究》2016年第3期。

是“国家同意”。^①而且,在当前国际背景下,国际法已经从协调机制发展为针对人类共同问题的合作机制,因此,有可能从对国际社会同意的表述中推导出国家的同意,包括联合国大会决议、国际条约法中提取的抽象概念,以及国际法院等国际司法机构的判决中的抽象法理,以及国家代表的声明,等等。^②例如,在2011年应对利比亚危机的决策中,联合国安理会2月26日通过1970号决议,从保护平民的目标出发,确定对利比亚实施制裁、武器禁运、对卡扎菲及其亲属和政权高级官员实施财产冻结和旅行限制的制裁措施、将利比亚情势移交国际刑事法院审理等非军事的强制手段。^③然而,1970号决议没有起到制止暴力的效果,危机继续恶化,亟须采取更果断的行动。3月17日,安理会通过第1973号决议,把利比亚国内所发生的针对平民的攻击,定性为危害人类罪,并认定利比亚局势对国际和平与安全构成威胁。第1973号决议提出:出于“人道”和“人权保护”的理由,在卡扎菲政权没有遵守第1970号决议要求立即停火的情况下,授权会员国在通知秘书长后采取一切必要措施,以保护利比亚平民和包括班加西在内的受到卡扎菲政权袭击威胁的平民居住区。^④对利比亚的行动并不是联合国首次实行“保护的责任”(此前在达尔富尔、肯尼亚等人道危机中曾经实行过),但却是第一次在没有安理会成员国反对的情况下通过的决议(15个理事国中,中国、俄罗斯、德国、巴西、印度考虑到利比亚的“特殊情势”,以及阿拉伯联盟提交的请求,因此采取“弃权”的方式以示保留)。^⑤

在这次决策过程中,各国家之间仍然存在意见分歧。然而至少可以表明,各国在讨论中,已经形成对“保护的责任”作为一种应对特殊人道主义紧张局势的举措的意识。这种初步的共识能否使“保护的责任”成为一项“国际法一般原则”,目前还难下定论。但是,对“保护的责任”这个“新事物”而言,安理会成员国的初步共识是其迈向“一般国际原则”的重要起点。

^① B. Simma and P. Alston, “The Sources of Human Rights Law,” *Australian Yearbook of International Law* Vol.12, 1992, p.106.

^② Wolfgang Friedman, *The Changing Structure of International Law*, Columbia: Columbia University Press, 1964, p. 521.

^③ 联合国安理会, S/RES/1970(2011)。 <http://www.un.org/zh/sc/meetings/records/2011.shtml>, 2017-10-31。

^④ 联合国安理会, S/RES/1973(2011)。

^⑤ “The United Nations Security Council on Friday Adopted a Resolution on Libya,” <http://sputniknews.com/world/20110318/163067336.html#ixzz3Sg7MGF51>, 2017-06-25.

结 语

本文认为,针对“保护的责任”法律性质的质疑,是根据国内法思维分析得出的结论,这种批评不足以说明“保护的责任”在既有国际法各种规范中的效力来源。此外,这种批评意见混淆了法律效力与法律效果(或可称为政治效力或社会效力)这两个不同概念,把“保护的责任”因其在理念和制度方面的缺陷而造成的实际效果的缺失,视为其不具备法律效力的原因。

按照批评者的意见,“保护的责任”要么是如同国内法律规范那样具备法律效力的国际法规范,要么是没有法律效力的空洞的政治修辞。其实,作为“即时国际习惯法”的“保护的责任”,可认为是正处在国际法规范与政治话语策略之间的位置上。也正是因为:(1)在条约法中有其效力来源;(2)具备即时国际习惯法的特性;^①(3)“初步”具备了在重大国际决策过程中获得或明示或默示同意而形成的“国际法的一般原则”这样的性质,^②“保护的责任”才能既不同于有着明晰“权利-义务-责任”属性的严格的实在法,也不同于法律效力待定的政治宣言。因此,可以这样来回答批评者的意见:“保护的责任”的确能够作为一个政治修辞,因为通过它可以为个体国家提供阐明自身价值理念和立场主张的平台,但是,它并不是一个“空洞的”政治修辞,而是具有自身独特的国际法规范效力,可以要求国际法主体实施或不得实施某种行为,同时能够产生相应的法律后果。

^① 值得指出的是,鉴于缺少对习惯国际法的更深入研究,特别是“保护的责任”原则仅有非常少(而且充满争议)的实践,本文目前还难以专门从习惯国际法的角度对“保护的责任”下定义;同时,也难以对这种即时性的国际习惯法能否具备某种法律效力进行单独评估。文章这部分的论述容易引起争议。然而,结合其他的国际法规则、国际政治舞台上重大事件进行描述,可以对“保护的责任”正逐步具备“习惯法”品质有一个清晰的判断。例如,世界首脑会议形成的成果文件、联合国大会决议审议通过的程序,以及秘书长报告不断宣示的明确立场,虽然都只是一个宣告性的行动(即没有如同国内立法过程那样形成法律),但却可视为表达出国际社会对“保护的责任”的广泛接受。

^② 本文并不认为“保护的责任”已经是一项国际法一般原则,而是强调其在集体决策讨论中话语策略地位的突显,可以视为是其迈向国际法一般原则的“起点”。