

中国有效影响国际法规则 制定的条件与策略

蒋超翊

内容提要 中国应通过何种具体的策略或方法有效地影响国际法规则制定,取决于所面临的不同国际制度环境,所提出造法倡议的内容是否具备吸引其他国家支持的特质,以及在不同领域参与规则制定的能力。中国应选择优势领域开展造法活动,为此,应考虑造法场所的法律化程度高低、话语权的分配方式和系统性偏好,以及中国在不同制度环境下积累的遵法信誉与规范领导力。中国倡议的规则最好旨在提供某种短缺的全球公共产品并符合该产品本身的特性,同时应具有执行性和普遍意义,内容清晰具体,而且顺应国际社会的某个发展趋势。为有效地影响国际法规则制定,中国应从国际法人才培养、专家参与和内部统筹等方面开展能力建设。

关键词 国际法 规则制定 造法活动 中国

冷战结束后,尤其2008年金融危机爆发以来,中国等新兴大国的崛起与美国等传统大国的相对衰退对国际力量格局和全球治理产生了深远影响。国

* 蒋超翊:复旦大学法学院博士。(邮编:200438)

** 本文为国家社科基金重点项目“中国提高在国际经贸规则制定方面的法律话语权对策研究”(项目编号:15AZD081)成果。感谢《国际政治研究》审读专家的意见和建议,文章疏漏和不足之处概由笔者负责。

家间力量平衡的变化往往会导致国际法律秩序与规则的变化。历史表明,新兴大国往往把创设新的国际法或者重塑既有国际法确立为最重要的议程之一。^① 作为最大的发展中国家和最重要的新兴大国,中国不仅意识到善意遵循国际法的重要性,同时也日益认识到有效塑造国际法的重要性。在2014年“联合国日”,外交部部长王毅指出,中国要“以建设性的姿态参与国际规则的制定,在事关国际法解释、适用和发展的重大问题上积极发声”,“促进各国,特别是发展中国家平等参与规则制定”,“坚持国际规则制定进程的平等和民主参与”。^② 2015年,中国国家主席习近平强调,中国应当“顺势而为”,团结新兴市场国家和发展中国家,促进全球治理体制“从列强通过战争、殖民、划分势力等方式争夺利益和霸权”演变为“各国以制度规则协调关系和利益的方式”。^③

近年来,越来越多学者呼吁提高中国在规则制定方面的话语权和规则制定能力。^④ 但既有研究多侧重于探讨中国参与规则制定的应然立场,^⑤ 较少讨论中国应该通过何种具体策略或方法更有效地影响国际法规则制定。就国际规则创设的一般性研究而言,^⑥ 既有研究零散分布于国际法和国际关系的各个学说之中,没有明确不同影响因素之间的关系,也难以甄别哪些适用于中国。据此,本文将从方法论层面对影响中国参与国际法规则制定的各类条件进行类型化分析,尝试为中国“有效地”影响国际法规则制定提供具有针对性和操作性的建议。具体而言,本文将讨论如下问题:根据其自身的情况与所面临的不同国际法领域中的限制性与赋能性条件,中国应如何筛选国际规则倡议所要针对的特定问题,如何起草造法(law-making)提案的内容,如何选择造法的

① Nico Krisch, “International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order,” *European Journal of International Law*, Vol.16, No.3, 2005, p. 369.

② 王毅:《中国是国际法治的坚定维护者和建设者》,2014年10月24日,参见外交部官网 https://www.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zzjg_673183/tyfls_674667/xwlb_674669/t1203577.shtml, 2021-02-02。

③ 习近平:《推动全球治理体制更加公平更加合理,为我国发展和世界和平创造有利条件》,《人民日报》2015年10月14日,第1版。

④ 徐崇利:《软硬实力及中国对国际法的影响》,《现代法学》2012年第1期,第19—28页;曾令良:《中国国际法学话语体系的当代构建》,《中国社会科学》2011年第2期,第35—41页。

⑤ Gregory Chin, “Reforming the WTO: China, the Doha Round and Beyond,” in Amrita Narlikar and Brendan Vickers, eds., *Leadership and Change in the Multilateral Trading System*, Republic of Letters, 2009, pp. 121-145; Rowena Maguire, et al., eds., *Shifting Global Powers and International Law*, Routledge, 2013; Congyan Cai, *The Rise of China and International Law: Taking Chinese Exceptionalism Seriously*, New York: Oxford University Press, 2019.

⑥ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, New York: Oxford University Press, 2007.

场所和形式,如何建立与维持造法联盟,如何运用谈判筹码,以及如何强化能力建设。

本文采用的研究方法既包括围绕国际法“规则”的法教义学(doctrinal study)研究法,也包括国际法和国际关系的交叉文献研究。本文主要以国际权力对比变化与国际法的关系、^①条约设计与谈判、^②国际组织对权力的制约和扩大作用、^③国家声誉的作用机制、^④规范的形成过程、^⑤规范领导力的类型、^⑥国际法和国际领导力在解决全球公共产品供应短缺中的作用^⑦等研究为基础,归纳出影响特定国际规则倡议成功与否的条件。然后,初步评估在这些条件下,中国在国际法不同领域内的优劣势,探讨在当前阶段,中国适宜优先选择哪些领域推动制定国际法规则或者进一步提升中国的规范性影响力,以及暂不适宜在哪些领域推动规则制定。

一、中国参与国际法规则制定的制度环境

国际法上的制度是指由行为体制定的用来规范和协调国家行为的原则、规则、规范、操作程序和机构等组成的系统。^⑧ 国际法不同领域有不同的制度环境,由此新兴发展中大国参与规则制定面临着不同程度的限制性或赋能性条件。

(一) 重塑既存规则与形成中的新规则

新兴大国试图重塑既存规则的倡议往往面临易守难攻的局面。自国际法

① Thomas Frank, “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium,” *American Journal of International Law*, Vol.100, No.1, 2006, p. 88.

② Barbara Koremenos, *The Continent of International Law: Explaining Agreement Design*, Cambridge University Press, 2016.

③ Barbara Koremenos, et al., “The Rational Design of International Institutions,” *International Organization*, Vol.55, No.4, 2001, p. 761.

④ George W. Downs and Michael A. Jones, “Reputation, Compliance, and International Law,” *Journal of Legal Studies*, Vol.31, No.S1, 2002, p. S95.

⑤ Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, “International Norm Dynamics and Political Change,” *International Organization*, Vol.52, No.4, 1998, p. 887.

⑥ Oran R. Young, “Political Leadership and Regime Formation: on the Development of Institutions in International Society,” *International Organization*, Vol.45, No.3, 1991, p. 281.

⑦ Scott Barrett, *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*, New York: Oxford University Press, 2007.

⑧ Stephen Krasner, “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables,” in Stephen Krasner, *International Regimes*, Ithaca: Cornell University Press, 1983, pp. 1-21.

诞生以来,少数西方大国利用自身的主导地位,主导甚至垄断了国际法的制定,并在整个国际法体系中嵌入了有助于长久维持其主导地位的各类元素。这些元素一方面被用来维持传统大国的优势并限制后发国家的战略性回旋空间,另一方面通过社会化、说服、胁迫和本土化等方式在弱势国家的国内法下扩散和内化,从内到外限制了后发国家的行为。

首先,作为一个多边机构或组织的复合体,与过去在大国权力影响下建立起来的多边制度一样,国际法体系被传统大国施加了诸多职能,其中包括遏制新兴大国在国际法规制范围内崛起。例如,大国有能力建立合法的国际司法程序来确保对其有利的结果可以在不同案件中重复实现,有能力激励较弱的国家根据大国的意愿改变国内机构或政策,并有能力来合法化特定的霸权主义行为。^①就大部分既存的单一国际法规则或条约而言,它们都内嵌于一个由许多国际法规则和制度组成的更大网络中,它们的解释、适用与修订因此涉及多条规则、多个相关的条约或机构,^②并因此增加了重塑现行规则的难度。

其次,与产生于双边机制或政治安排的规则相比,多边造法机制使得实力较强的国家能够利用权力的不对称来巩固主导地位。尤其当造法平台是个多边国际组织时,大国可以利用该组织的规制、安抚和固化功能,以确保所产生的规范能够反映在平台创设之时占据主导地位的大国的偏好,并维持这个秩序的相对稳定。

相较于在其他机制——比如更易于大国发挥实力优势的双边机制下——形成的规则,经由多边机制产生的规则有助于缓解弱小国家的顾虑,从而增强这些国家履行义务的意愿。原因是多边造法机制通常遵循一国一票原则,并且该机制通常是由相对中立的国际技术官僚运作的。这使各国尤其弱国在多边机制中更有可能平等地表达本国立场与维护本国利益,从而使得在多边机制中形成的规则具有更强的正当性。其结果是,对于相同或类似的规范性倡议,弱国在双边机制下可能不愿意接受,但在多边机制下往往会愿意接受。此外,在创设之时,多边条约或国际组织的内部行政规章就已包含了能够激励各国参与并克服搭便车行为的条款。另外,从大国角度看,除非国家利益和相对权力关系发生突然的重大变化,传统大国可以合理地期待实施规则的成本会

^① Richard Steinberg and Jonathan Zasloff, "Power and International Law," *American Journal of International Law*, Vol.100, No.1, 2006, p. 76.

^② Tonya L. Putnam, "Mingling and Strategic Augmentation of International Legal Obligations," *International Organization*, Vol.74, No.1, 2019, p. 31.

比较低,同时,由它们主导创设的规则在制定之后不仅面临的挑战较少,并且应对后续的权力扩散与转移造成之挑战的能力更强。^① 因此,一般来说,虽然双边机制更有利于大国在谈判中发挥实力优势,但多边机制对于大国而言更具有正当性功能。

再次,国际法的变革通常较为缓慢,法律规则的核心要素往往长期保持不变。在被用作固化现有秩序的工具时,国际法使得传统大国能够“将其对世界秩序的愿景投射到了未来”,^②使它们可以通过植入价值、原则、程序和组织架构等元素维持既得优势,随后再逐渐将其转化为具体的法律规则。而对新兴大国而言,由各类多边制度组成的现行国际法律秩序,不仅容易加入且难以推翻,甚至在很多情况下除了加入没有其他的选择。^③ 当它们试图通过修正既存规则来重新分配权益时,它们在过去加入现行国际体系时所做出的法律承诺就会大大限制它们的造法活动,甚至新兴大国任何试图偏离于既存国际法的行为都可能会被描述成国际违法行为。例如,虽然中国对当前适用的国际人道主义法和使用武力合法性的规则适用于在网络空间使用武力的充分性提出质疑,^④但对于已经达到使用武力的最低限度的网络攻击,或是发生在进行中的武装冲突中的网络攻击,中国并不会也无法否认这两个现行法律制度的可适用性。因此,与重塑既存规则相比,中国在新兴领域开展规则创设活动会遇到较少的阻力,原因是此类法域中尚未存在明确的国际法规则来界定哪些国家行为是国际法下的合法或非法行为,例如,网络空间的治理、恐怖主义、气候变化、跨境电子商务等问题。

(二) 在特定国际制度环境中中国所面临的机会与挑战

1. 造法场所法律化程度的高低。大国权力对国际法规则制定的作用受到造法场所法律化程度的影响。一方面,法律化程度高的造法平台具备执行力强、稳定、谈判成本低、避免重复、提供有用信息等诸多优势。^⑤ 在过去几十年

① Nico Krisch, “International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order,” p. 373.

② Ibid., p. 377.

③ Oran R. Young, “International Regimes: Toward a New Theory of Institutions,” *World Politics*, Vol.39, No.1, 1986, p. 107.

④ 马新民:《网络空间的国际法问题》,《信息安全与通信保密》2016年第11期,第30—31页。

⑤ Miles Kahler, “Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization,” *International Organization*, Vol.54, No.3, 2000, pp. 663-665.

里,传统大国创设并充分利用法律化程度较高的国际组织和基于条约的多边谈判机制,以它们为造法平台大大加快了国际条约的制定与实施;另一方面,法律化程度较高的造法场所也可能对权力产生限制作用,这在一定程度上削弱了传统大国在这些场所中的规范影响力,为其他较弱的国家影响规则制定提供契机。

造法场所的“法律化”程度包含三个维度:受法律义务拘束的程度、规则的精确程度,以及在规则的制定、解释、实施、适用和争端解决过程等方面向第三方赋予权力的程度。^① 受法律拘束程度低的指标通常包括承担义务的默示条件、政治条约、国家对特定义务做出的保留、逃逸条款和其他类型的附加条件。此外,如果某一法律文件明确否定了在其上下文中创设法律义务的意图,或者被命名为“建议”或“指导方针”,或可以在未经造法权威同意的情况下得以通过,这也标志着较低的受法律义务拘束程度。^② 某一规则精确度的高低取决于它是否准确且具体地定义了被审查的行为。^③ 规则越精确,一国是否违反规则就越明确,其在履行义务过程中可以行使自由裁量的范围也就越小。对于第三方在争端解决方面被赋予的权力,法律化程度从高到低依次为:有权解释和补充规则的具有一般性管辖权的国际法院;仅在当事双方同意的情况下才有管辖权或其他规范性权威的国际司法机关;具有拘束力的仲裁;无拘束力仲裁;调解;制度化的谈判;以及纯粹的政治谈判。对于第三方在规则的制定和实施机制方面被赋予的权力,法律化程度从高到低则是:拥有集中执行机制的国际造法机关;仅能发表具有一定规范性影响力的政治声明的造法机关;以及仅作为谈判场所的国际机构。^④

就中国参与的大部分多边造法平台而言,它们的建立和组织架构主要由传统西方大国所垄断。尽管如此,这些造法场所自建立开始就逐渐获得了一定的“自组织性”。在某种程度上,它们法律化程度的提高削弱了传统大国在这些场所内的规范影响力。

首先,法律化程度较高的造法场所会在一定程度上增强对成员国政策自主权的限制,自然也包含作为主导创始国的传统大国。受法律拘束程度高的

① Kenneth W. Abbott, et al., “The Concept of Legalization,” *International Organization*, Vol.54, No.3, 2000, p. 401.

② Ibid., pp. 409-412.

③ Ibid., pp. 413-415.

④ Ibid., pp. 415-418.

义务提高了政府承诺的可信度,增加了违约成本。精确度高的规则缩小了解释的空间,也缩小了成员国对规则的内容和适用发挥自由裁量权的范围。而对第三方较高度度的授权,由于其中立性和独立性,也相对减少了实力较强的成员国对规则解释、适用和制定的影响力。^①与此形成鲜明对比的是国际习惯法:一方面,在特定习惯法规则形成的过程中,占据领导地位的传统大国之实践的权重高于其他国家,原因在于它们的特定权利或自由将受到该条规则的限制更大;另一方面,习惯法规则往往“足够含糊,为大国在规则的适用阶段发挥影响留下了余地”。^②

其次,法律化程度较高的造法场所增加了大国利用退出机制撤销之前做出的国际法承诺的成本。以某个国际组织为例,即使某创始大国认为其带来的弊大于利并以此决定退出,而相关的条约也不明文禁止退出,退出行为不仅会损害该国的国家声誉,也无法在实践中使该国完全不受所退出机构的影响,更使得退出国无法影响该机构未来创设规则的活动。此外,无论某国的退出行为是否合法,这一行为本身标志着它拒绝参与该机构框架内的国际合作,甚至可用来证明该国在遵守国际法和参与其他类型的国际合作等方面的不可靠性,这给退出国带来的负面影响可能并不小于继续留在该机构内。^③

法律化程度高的造法场所的影响力不仅来源于其据以设立的条约,也源于由其制定的条约、非拘束性决议和内部行政规章,以及能够影响到非成员国的其他行为。在这种情况下,退出行为并不能保护做出退出行为的大国免受所退出机构的继续影响。比如,南非即使退出联合国,也无法免受其他成员国所施加的旨在迫使其停止种族隔离政策的经济制裁。又如,虽然美国在2005年撤回了它在《维也纳领事公约》下所做出的接受国际法院专项管辖权的承诺,但该退出行为只能保护美国在未来免受国际法院的管辖,而不能保护美国免受国际法院在其撤回承诺前获得的对“艾维娜案”(Avena Case)的管辖权。印尼也曾在1965年为抗议马来西亚当选联合国安理会成员而退出联合国,但考虑到退出将会剥夺其所有与联合国成员相关的利益,后期仍然选择重新

① Miles Kahler, "Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization," pp. 663-665.

② Nico Krisch, "International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order," p. 377.

③ Andrew Guzman, "International Organizations and the Frankenstein Problem," *European Journal of International Law*, Vol.24, No.4, 2013, p. 1007; George W. Downs & Michael A. Jones, "Reputation, Compliance, and International Law," p. S95.

加入。^①

传统大国往往在实力增长后就试图扩大权力对国际法规则的制定和适用的影响。与它们不同,硬实力已经显著增强的中国寻求的是,通过遏制霸权主义行为塑造更为公正、合理与民主的国际法治环境。因此,中国所提出的国际规则倡议将主要面临来自于传统大国的挑战。所以,在选择造法平台时,如果处于相对权力关系的弱势地位,中国可以考虑优先选择法律化程度较高从而更可能限制大国权力的多边国际组织,如世界贸易组织(以下简称“世贸组织”)、联合国气候变化大会、臭氧层保护制度体系等。

2. 造法场所话语权的分配。基于双边政治谈判的制度环境最有利于大国利用权力不对称而实现效益的最大化。与之相较,那些依据主权平等原则赋予所有成员国以平等投票权的多边造法场所使得弱国作为整体拥有更大的话语权。为消除以平等决策权为特征的多边造法场所造成的不利影响,除了双边谈判与前文提到的国际习惯法,传统大国还采取过其他路径。

在缔结条约的过程中,大国可能寻求植入赋予国家更大自由裁量权的灵活性机制,如逃逸条款、自判断条款和选择性排除的条款等,^②从而为大国影响不利规则的实际效用预留空间。此外,传统大国还可以利用非基于共识的造法机制,使特定的国际法规则在未经每个成员国同意的情况下对所有成员国产生拘束力。在“9·11”袭击发生后不到三周的时间内,联合国安理会就《联合国宪章》第七章通过第1373号决议,使所有的联合国成员国都承担了打击非国家行为体恐怖主义行为的一系列义务。联合国安理会仅有15名理事国,其中包括五个拥有否决权的常任理事国。又如,《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》第2条规定,成员国可以通过简单或特定多数表决来通过新增管控物质的修正案,进而增加所有成员国控制新增管控物质的排放的义务。^③《化学武器公约》也使得成员国能够通过三分之二的票数批准新增的管控化学

^① Andrew Guzman, “International Organizations and the Frankenstein Problem,” pp. 1008-1009.

^② Laurence R. Helfer, “Flexibility in International Agreements,” in Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack, eds., *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press, 2013, pp. 175-198; Robyn Briese and Stephan Schill, “‘If the State Considers’: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.13, No.1, 2009, p. 74; Alan O. Sykes, “Protectionism as a ‘Safeguard’: A Positive Analysis of the GATT ‘Escape Clause’ with Normative Speculations,” *University of Chicago Law Review*, Vol.58, 1991, p. 255; Ed Bates, “Avoiding Legal Obligations Created by Human Rights Treaties,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.57, No.4, 2008, p. 751.

^③ Laurence R. Helfer, “Nonconsensual International Lawmaking,” *University of Illinois Law Review*, Vol.2008, 2008, pp. 79-86.

物质。^①

在不利的多边规则形成后,传统大国可以通过双边条约网络削弱或替代该规则。以对外国投资的征收补偿标准为例,在发展中国家经由1974年《经济权利和义务宪章》确立的“适当的”补偿标准否定了当时西方国家主张的“充分、及时、有效”标准(即“赫尔原则”)后,西方大国尤其美国开始广泛地与发展中国家缔结包含着“赫尔原则”的双边投资条约,从而很大程度上架空了“适当补偿”原则。^②

传统大国还可以采用国际软法制定具有事实拘束力的行为规范,以取代对其不利的国际法规则。比如,经由世界银行制定的《外国直接投资待遇指南》,在外资准入、待遇、征收和赔偿、争端解决等各方面体现了发达国家的立场。该《指南》虽不具有法律拘束力,但它在相当大的程度上限制了发展中国家规制外国投资的权力和意愿。原因在于,违反该《指南》的发展中国家可能会因此失去从世界银行获得贷款和担保的机会,还可能被世界银行宣布为投资环境欠佳的国家并因此降低吸引外资的能力。^③

虽然存在非基于共识造法的情形,但多数造法场所仍然以全体成员国的共识为决策规则,使相对弱势的国家获得比在双边条约、国际习惯法、区域性条约和软法路径中更大的话语权。在国际造法活动中,一方面,为了削弱传统大国依托于实力优势的规范影响力,中国需要争取的主要伙伴是立场相似的广大发展中国家群体;另一方面,由同一体系下数量众多的参与者通过广泛参与双向建构而创设的国际法规则也最具说服力。^④

据此,为了确保能获得多数国家的支持,中国应优先选择在成员国投票权相对平均的全球性国际组织的框架下开展国际规则制定活动,尤其是要强调联合国体系在新规则制定中的核心枢纽地位,并以多边条约和明示的国家同意为造法路径。典型例子是联合国气候谈判大会和联合国大会。同时,中国可以鼓励本国企业和非政府组织积极增强软法(soft law)路径的影响力,推动公私合作在国际平台上推广我国“最佳实践”和模范性条款。

① Chemical Weapons Convention, Arts. 8 B (18) & 15(4), (5).

② Andrew T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties," *Virginia Journal of International Law*, Vol.38, 1998, pp. 651-659.

③ 徐崇利:《全球治理与跨国法律体系:硬法与软法的“中心—外围”之构造》,《国外理论动态》2013年第8期,第25页。

④ Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, "International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.39, 2000-2001, p. 19.

3. 造法场所的系统性偏好。每个造法场所都有其系统性偏好,如果某一国际法规则倡议与其不符,或服务于本场所章程所规定的其他优先级落后的宗旨,则难以在该平台得到推广。据此,中国应选择对于本国所提出的规则倡议所服务的宗旨和首要政策目标具有系统性偏好的国际造法平台。例如,虽然世贸组织在所包含的条约中强调了保护环境和资源、促进发展和消除贫困等一系列宗旨,该机构的系统性偏好仍然是促进市场自由化。发展中国家倡导了许多规定发展权较之市场自由化具有优先性的规则,但大都无功而返。^①为了保护它们的公共健康权益,巴西和印度曾在乌拉圭回合中领导发展中国家与发达国家对抗,抵制标准更高的知识产权保护规则,即《与贸易有关的知识产权协议》。但是最终,包括这两个发展中领导国在内,所有发展中成员都被迫接受了更为严格的知识产权保护条款。^②

然而,发展中国家寻求在其他追求非贸易自由化宗旨的造法平台上制定国际规则,从而重新解释既存条约,或者创设不具有拘束力的宣言、指导方针、建议和其他形式的“软法”来限制既存规则的适用。^③比如,在《与贸易有关的知识产权协议》通过后,巴西和印度继续领导发展中国家在世界知识产权组织和世界卫生组织的谈判中推动有利于发展中国家的规则倡议,以限制增强后的知识产权保护条款的影响。这些努力最终促成世贸组织多哈部长会议通过了“关于《与贸易有关的知识产权协议》与公共卫生的多哈部长宣言”以及《与贸易有关的知识产权协议》修正案暨2005年12月6日决议。^④

(三) 中国在特定国际制度中的遵法信誉与规范领导力

1. 加入时间长短与多重信誉的构建。国际规则的制定是国际合作的一种形式,而一个国家是否遵守它做出的国际法承诺在一定程度上影响到它参与国际合作的能力,即其他国家是否认为它是一个可信赖的合作伙伴。虽然某国的遵法信誉受到该国遵法的意愿和实践的影响,但在制定国际法规则的国

① Charalampos Efstathiopoulos, “Leadership in the WTO: Brazil, India and the Doha Development Agenda,” *Cambridge Review of International Affairs*, Vol.25, No.2, 2012, p. 287.

② Jerome H. Reichman, “Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options,” *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol.37, No.2, 2009, p. 248.

③ Laurence R. Helfer, “Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking,” *Yale Journal of International Law*, Vol.29, 2004, p. 1.

④ Omar Serrano and Mira Burri, “Making Use of TRIPS Flexibilities: Implementation and Diffusion of Compulsory Licensing Regimes in Brazil and India,” World Trade Institute Working Paper, No.1, March 2016, p. 2.

家间合作中,该国遵法信誉的实用价值由作为潜在合作对象的其他国家决定,受到这些“评委国家”自身的需求、价值和偏见等因素的影响。因此,本部分所探讨的影响“评委”国家对某国遵法信誉的评价的因素,属于外部条件,构成意图影响国际规则制定的国家所面临的国际环境的一部分。

早期传统理论认为,国家只有单一的信誉,因此,任何一项违法行为都可能对该国的整体信誉产生影响。理由在于,单一的违法行为构成了证明某国本质特征的新证据。^① 一个声誉受损的国家在为未来的合作安排(包括国际造法同盟和共同起草规则倡议等)寻求伙伴时,可能会发现可选的伙伴数量有限,难以在谈判中为其计划做出的法律承诺争取到对方更多的让步,也可能无法在解决特定国际合作的问题上发挥领导作用。^②

然而,在现实中,国家遵法信誉的影响较弱,并不像传统理论声称的那样容易被识别或察觉。实际上,对不同的规则、协议和制度体系,一个国家往往维持着程度不同的遵法信誉。按照单一国家信誉的假设,如果某个国家违反了某个领域的协议,就会全面影响它在其他所有领域的信誉。但在实践中,这样的例子几乎不存在。不同的国家赋予了本国和其他国家的多重信誉以不同的实用价值,它们对国际违法行为的声誉上的不利影响,其严重程度也大相径庭,甚至是否会动用这一机制都不一致。^③ 具体而言,以下因素可能影响做出特定违法行为的国家参与后续的国际合作:

(1) 在国际合作的价值较高的领域,如遏制全球变暖和保护洄游鱼类等全球集体问题,国家遵法信誉的影响可能更大。

(2) 对于新国家或者某个制度体系内的新成员,国家遵法信誉的影响力可能更大。原因在于这些国家尚未有机会就特定的规则、条约或制度体系建立一致的行为模式或连贯的政策,从而建立起多重的信誉。一个国家获得正式会员资格的时间越久,也就有更多的机会针对不同的规则、协议和制度体系建立程度不同的信誉。这使得其他国家在决定是否与该国合作时,可以根据特

^① Jonathan Mercer, *Reputation and International Politics*, Ithaca: Cornell University Press, 1996, p. 6.

^② Scott Barrett, "International Cooperation and the International Commons," *Duke Environmental Law & Policy Forum*, Vol.10, 1999, p. 139; Richard L. Williamson, Jr., "Law and the H-Bomb: Strengthening the Nonproliferation Regime to Impede Advanced Proliferation," *Cornell International Law Journal*, Vol.28, 1995, p. 72.

^③ George W. Downs and Michael A. Jones, "Reputation, Compliance, and International Law," pp. S96, n4.

定的议题判断该国在这个议题上的可信赖程度。

(3) 对由不同国家做出的同一违法行为,不同的潜在合作对象会由于预设立场不同而形成不同的主观认识,加诸不同的价值判断。某国眼中的违法国家,可能是另一些国家眼中反抗不合理的现行规则和不公正的国际秩序的斗士。

(4) 遵法信誉理论建立在国家过去与未来的行为相对一致的假设上。特定国家领导层或领导者主政方针的变更会降低该国过去的行为在预测其未来行为方面的价值,也可能会影响其他国家对该国是否倾向于遵守特定规则的期待。为了合理地制定政策,其他国家的领导人必须将该国当前的政策偏好与前政府的偏好区分开来。

(5) 是否存在较强的议题联结把违法行为与其他国家的特定制裁措施联系起来?比如,在中国入世谈判阶段,美国时常阶段性地以中国的人权纪录为借口反对中国加入世贸组织。然而,在同一时期,美国并没有以同样的理由反对中国加入其他条约,如环境保护和军控条约等,其他国家更没有以此为由对中国采取任何制裁行为。^①

(6) 疑似被违反规则的语言越模糊或具有不确定性,该违法行为是否构成国际违法行为就越有争议,对做出该行为的国家的遵法声誉影响也就越小。

(7) 如果某国做出违法行为是因为其当时的履约能力受到天灾、战争等不受人为控制的因素影响,则该违法行为对该国的遵法声誉影响较小。

(8) 如果某违法行为明显背离了所违反规则中内含的社会、经济或政治宗旨与目标,则该行为对违法国的遵法信誉影响较大。^②

(9) 国家遵法信誉对国际合作的影响这一理论源于经济学,把国家类比于理性的市场主体。然而,国家间的关系至少在以下两点上区别于市场主体间的关系,也因此影响了遵法信誉理论在特殊情形中对国家行为的预测价值。首先,相较于国内法,国际法体系缺乏集中的强力执法机制来惩罚违法行为;而大国不仅有实力在违法时消减所受到的实际信誉影响,而且有更多的方式来制裁违反规则的实力较弱国家;其次,根据市场经济假设,某一主体在放弃不可靠的前合作伙伴后,仍然可以寻找到情况相似的替代性合作伙伴。但在

^① George W. Downs and Michael A. Jones, "Reputation, Compliance, and International Law," pp. S97-109.

^② Abram Chayes and Antonia H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, p. 10.

国际关系中,许多大国由于其丰富的实践或强大的实力往往具有无可替代的地位。比如,为了有效控制全球变暖,作为全球第二大碳排放国、历史上碳排放总量第一和全球主要的油气出口国和消费国,美国的参与必不可少。因此,虽然特朗普政府暂时退出《巴黎协定》会使美国在寻求重新加入时面临一定的困难,但其他成员国最终仍会为获得美国的法律承诺而做出一定的让步。

综上考虑,中国在开展国际造法活动时,可以优先选择自身遵法信誉较好的领域。中国是否是某个国际制度的创始国,加入某个国际制度的时间是否足够长,都影响了其在这个制度体系内的规范影响力。对于中国加入时间很短从而只有单一的总体信誉的制度,或者中国仅仅担任观察员而非正式成员的制度,中国的规范影响力可能受制于有限的遵法信誉。此外,当中国在这些制度下的实践被西方大国蓄意刻画成国际违法行为时,中国在其他领域的国际合作也可能受到不利的溢出效应的影响。

2. 规范领导力来源。一般来说,引领国际法规则制定的国家的领导力有三种:结构型领导力(通过部署权力资源来创造新的激励机制,从而改变与特定问题相关联的行为体针对特定行为的成本和收益考量)、^①方向型领导力(以身作则或带头接受新规则的拘束),^②以及概念型领导力(也称创业型、知识型或工具型,关注问题的命名和描述,提出新的价值、理念和如何推广解决集体问题的方案)。^③

一个成功的国际法规则倡议往往需要主要领导国提供至少两种类型的领导力。但是,在结构型领导力缺失的情况下,方向型领导力和概念型领导力几乎无法吸引其他国家的支持。一个国家往往很难具备同时发挥以上三种领导力的能力,^④例如,在2009年联合国气候大会(哥本哈根峰会)上,在新气候协议的谈判中提供规范领导力的欧盟、美国和中国无法在关键议题上达成共识,因而无法为同一规则草案提供三种领导力,这使此次大会在推动解决全球气

① Oran R. Young, "Political Leadership and Regime Formation: on the Development of Institutions in International Society," pp. 288-289; Arild Underdal, "Leadership Theory: Rediscovering the Arts of Management," in W. I. Zartman, ed., *International Multilateral Negotiation: Approaches to the Management of Complexity*, Jossey-Bass Publishers, 1994, p. 186.

② Arild Underdal, "Leadership Theory: Rediscovering the Arts of Management," in W. I. Zartman, ed., *International Multilateral Negotiation: Approaches to the Management of Complexity*, pp. 183-185.

③ Raino Malnes, "'Leader' and 'Entrepreneur' in International Negotiations: A Conceptual Analysis," *European Journal of International Relations*, Vol.1, No.1, 1995, p. 87.

④ Charles F. Parker, et al., "Fragmented Climate Change Leadership: Making Sense of the Ambiguous Outcome of COP-15," *Environmental Politics*, Vol.21, No.2, March 2012, p. 268.

候问题的法律方案上只获得有限进展。^① 据此,在判断中国是否适合在特定的制度下开展规则制定活动时,需要依据中国所提出的规则倡议或关键立场,识别中国自身所能提供的领导力类型,以及是否存在能与中国形成互补型共同领导关系的其他立场相似的国家或国家联盟。

值得注意的是,与主导现行国际法体系的传统大国相比,中国在方向型领导力上有着一定优势,即在不对称的国际关系中尊重弱势方,即使身为强者仍会自愿地考虑对方的处境和自主权。^② 西方大国通过赋予既存国际法规则“逻辑上的适当性”来要求其他国家遵守国际法,即“依其言而行事,勿观其行而仿之”。^③ 与之相反,中国的规范性领导力来源于建立在互惠基础上的言行一致。中国与广大发展中国家遭遇了相似的霸权主义扩张和被传统大国剥削的苦难历史,但在实力增长的过程中,中国始终强调不以武力强加己方立场于他国,这使得中国在许多规则上的立场更容易引起发展中国家的共鸣。通过充分考虑这些“通常不会受到太多尊重”的弱势国家的立场,^④ 中国彰显了自己与传统大国的不同,通过以身作则的方式吸引其他国家共同履行所倡导的国际法规则。

3. 基于议题谈判联盟的组建与维系。 中国在多边造法程序中的影响力多以否决权的形式出现,^⑤ 即对于不利的规则倡议,中国与其他发展中国家一起策略性使用集体反对权来阻止其通过。这种“否决权”主要源自中国在联合国大会和联合国气候变化谈判等制度体系下,对几个立场相似的发展中国家联盟,如“77国集团”、“基础四国”(BASIC Countries)、“立场相近国家集团”(Like Minded Developing Countries, LMDC)的结构型领导力。

然而,随着各制度的深化发展和国际地缘政治的变化,在许多议题上,中国与其他发展中国家的利益也并非完全一致,发展中国家并不必然支持中国

① Charles F. Parker, et al., “Fragmented Climate Change Leadership: Making Sense of the Ambiguous Outcome of COP-15,” *Environmental Politics*, Vol.21, No.2, March 2012, pp. 277-280.

② Brantly Womack, “China as a Normative Foreign Policy Actor,” in Nathalie Tocci, ed., *Who Is a Normative Foreign Policy Actor? The European Union and Its Global Partners*, Centre for European Policy Studies, 2008, pp. 294-297.

③ Emilian Kavalski, ed., *China and the Global Politics of Regionalization*, Routledge, 2009, pp. 1-18.

④ Ibid., pp. 250-254.

⑤ 在大部分多边造法程序中并不存在类似于联合国安理会五大常任理事国所享有的一票否决权,但由于其中许多在规则制定上遵循基于共识的决策规则,占多数的发展中国家在一起投反对票时,可以达到类似于一票否决权的效果,使它们不支持的规则倡议无法通过。本文中所指的“否决权”皆为这种在实际效果上类比于联合国安理会一票否决权的权力。

的造法活动。针对不同类型的伙伴国家,中国亟须借鉴历史经验来为它们量身定制团结措施。比如,“基础四国”与“立场相近发展中国家”的产生就是为了应对发展中阵营在哥本哈根峰会前后在气候谈判特定议题上的不同立场。^①历史上导致发展中国家造法联盟破裂有诸多原因,如主要领导国无法就所寻求的共同目标在议程上达成一致、联盟成员的数量不足以抵御因外部压力而叛逃的成员所带来的问题、成员国之间在所关注的重点问题上缺乏身份共识、缺乏长期的制度化支持、智力投入不足、专业技术能力不足,等等。^②

与气候变化制度不同,中国在世贸组织规则制定中的影响力并非来自于组建谈判联盟并积极领导发展中国家对抗发达国家,而是来自于其日益增长的经济实力。^③中国一直不愿利用其增长的物质实力来建立规范影响力,在多哈回合的谈判中始终保持低调,避免担任领导角色以防止引起过多的关注,以兼顾复杂的攻守利益。^④然而,由于缺乏本国主导的谈判联盟的支持,中国提出的规则倡议较难成功。比如,为应对针对中国产品迅速增加的反倾销措施,在2017年7月世贸组织规则谈判小组的非正式会议前,中国提交了一份旨在收紧“经常性地滥用反倾销和反补贴措施”的提案。但是,这份提案并没有获得大多数发展中国家的支持,^⑤尤其是缺乏领导世贸谈判中主要的发展中国家谈判联盟的巴西与印度的支持;而印度恰恰是发展中国家中对我国发起的贸易救济案件数量最多的国家。^⑥

① Karl Hallding, et al., *Together Along: BASIC Countries and the Climate Conundrum*, Nordic Council of Ministers, 2011; Third World Network, “Press Release: Meeting of the Like Minded Developing Countries on Climate Change,” October 24, 2012, <https://www.twn.my/title2/climate/info.service/2012/climate20121005.htm>, 2021-02-02.

② Amrita Narlikar, *International Trade and Developing Countries: Bargaining Together in the GATT and WTO*, Routledge, 2003, pp. 196-206.

③ Andrew L. Stoler, “China’s Role in the World Trade Organization and the Doha Round of Multilateral Trade Negotiations,” Paper presented at the Second World Forum on China Studies, Shanghai, China, September 21-22, 2006, p. 2, http://www.iit.adelaide.edu.au/research/conferences/docs/paper_final_210906_shanghai_sass_v2_1408.pdf, 2021-02-02.

④ 杨国华等:《张向晨访谈录》,载吕晓杰等编:《入世十年,法治中国:纪念中国加入世贸组织十周年访谈录》,北京:人民出版社2011年版,第55页。

⑤ 《商务部召开例行新闻发布会》,2017年5月11日,参见商务部官网 <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/slfw/201705/20170502573414.shtml>, 2021-06-05; Tom Miles, “China, under Pressure at WTO, Suggests Revamp of Dumping Rules,” Reuters, April 25, 2017, <https://www.reuters.com/article/us-china-wto/china-under-pressure-at-wto-suggests-revamp-of-dumping-rules-idUSKBN17Q1T4>, 2021-02-02.

⑥ Trade Remedy and Investigation Bureau, Ministry of Commerce of the People’s Republic of China, “Summary of Trade Remedies Targeted Chinese Exported Products in 2017,” March 14, 2017, <http://trb.mofcom.gov.cn/article/cx/ajtj/201803/20180302719287.shtml>, 2021-02-02.

二、成功的国际造法倡议所具备的一般性特质

对于历史上顺利成为国际法规则的造法倡议,虽然它们的具体内容呈现多样化,但是可以从中归纳出一些共同特质,使这些造法倡议能够吸引多数国家的支持。这一组要素反映了国际造法活动中的一般性规律,以及衡量某个国际造法倡议的质量的一般性指标。

(一) 所倡议的国际规则是否意在提供全球公共产品

鉴于国家同意仍然是国际法的核心基础,无论其来源,国际法无法由任何一个国家单独制定。但不可否认的是,在国际造法过程中,不同国家的实践被赋予不同权重。在利用国际法手段解决全球公共产品的短缺时,往往存在弱国“剥削”大国的现象。大国所提供的资源超过了它从所提供的产品中所获取利益的份额。此类行为带有一定的利他主义色彩,^①并因此增强了被剥削大国所提出规则的正当性。中国所倡议的规则如果能够促进解决非排他性、非竞争性的全球公共产品的供应短缺问题,则更容易获得更多国家的支持,成功的概率也会更大。

(二) 所倡议的国际规则涉及全球公共产品特质

首先,不同类型的全球公共产品与生俱来的特性,不仅会影响各行为体的成本效益计算,还决定了力图提供某种全球公共产品的多边制度所需要发挥的特定作用,进而决定了它们的程序规则和结构设计;其次,不同类型的全球公共产品特性,决定了发挥领导作用是否有利于解决特定全球公共产品的供应难题;而当发挥领导力有用时,提供此类产品的国际合作也往往须按照领导国所要求的条款开展。

中国参与国际规则制定主要涉及以下三种全球公共产品:(1) 单一最大努力型(single best effort goods)(如阻止小行星撞击地球、通过航空航天手段解决全球变暖、发明传染病的疫苗、维和行动与人道主义干涉等);(2) 共同努力型(aggregate effort good)(如减缓气候变化和臭氧层变薄、保护全球洄游鱼类

^① Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, "International Norm Dynamics and Political Change," p. 898.

资源);(3) 相互限制型(如禁止使用武力或特定武器)。为解决这三类产品的供应短缺问题,相应的多边制度设计分别为:(1) 如何管理和协调同时具备提供能力的多国行动(如全球性传染病的消除、新冠疫苗开发和对“保护的责任”理论的修正);(2) 如何激励拒绝参与的国家加入并避免“搭便车”行为(如《巴黎协定》及其执行规则的制定和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》的修订);(3) 如何激励目标国家放弃从事某种行为(如禁止在网络空间使用武力和滥用网络优势地位)。^① 通过设计规则倡议的条款和相匹配的制度,中国需为这些制度性挑战提供国际法上的解决方案。

以“保护的责任”理论为例,许多国家都有能力提供国际军事援助来实现人道保护的目标。因此,制定国际规则的目标不在于解决该产品的供应短缺,而在于如何协调并确保拥有供应能力的国家不单独采取行动,从而避免损害其他国家的利益。在缺乏一个全球性权威机构协调的情况下,有能力的国家若同时采取军事干预,它们之间的利益冲突会带来更大的风险与不确定性,很可能导致比当前问题更严重的弊端。^② 可以认为,有能力对他国进行军事干预的国家会在采取行动的过程中优先实现本国利益。比如,北约各国在干预利比亚战争的过程中,肆意扩大授权范围,为叛乱分子提供武装并采取超出保护平民所需的一系列广泛的武装袭击,最终实现政权更替目标。^③

中国一直对“保护的责任”下的国际军事干预抱有怀疑,担心西方大国会借此来实现消除人道主义灾难以外的其他目标。^④ 利比亚战争中卡扎菲的倒台与叙利亚战争中美国直接绕过安理会的行为,都证实了中国的怀疑。利比亚战争中断了“保护的责任”理论成为国际硬法(hard law)的进程:一方面,“金砖四国”强烈反对,中俄在安理会解决叙利亚危机的过程中多次行使否决权,

^① Samuel Cogolati, et al., “Global Public Goods and Democracy: What Role for International Law?” Working Paper No.159, May 2015, Leuven Center for Global Governance Studies, p. 5, https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp151-160/wp159-cogolati-hamid-vanstappen.pdf, 2021-02-02; Daniel Bodansky, “What’s in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy,” *European Journal of International Law*, Vol.23, No.3, 2012, p. 653.

^② Robert Keohane, “The Demand for International Regimes,” *International Organization*, Vol.36, No.2, 1982, p. 334.

^③ Yee Sienho, “Editorial Comments: The Dynamic Interplay Between the Interpreters of Security Council Resolutions,” *Chinese Journal of International Law*, Vol.11, 2012, p. 613.

^④ Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law*, Collected Course of the Hague Academy of International Law, Vol.355, Brill, 2012, pp. 112-115.

而巴西则提出了“保护过程中的责任”来修正原有理论;^①另一方面,美国、英国和法国之间的分歧也在增加。^②在巴西的修正性倡议遇冷之后,^③中国国际问题研究院研究员阮宗泽提出“负责任的保护”概念,就限制出于人道保护目的的国际军事干预提出五点建议。^④然而,如何根据单一最大努力型的全球公共产品的特征,通过国际法规则解决美英等国拒绝接受联合国安理会协调的问题,仍是中国等力图解决这一难题的国家所要首先解决的问题。

提供方向型领导力有利于解决共同努力型全球公共产品的供给难题,如减缓全球气候变暖,但对于解决单一最大努力型和相互限制型产品的短缺并没有影响。一个计划带头做出贡献的国家可以通过“承担采取特定行为的义务”来激励其他国家参与合作。此类表态行为的形式不拘泥于具有法律约束力的承诺,也可以通过准备行动来证明,比如公布相关的政策或行动计划等。^⑤在巴黎气候大会召开前六个月,中国向成员国大会提交了“国家自主贡献”文件,其中详细列举了中国强化应对气候变化的各项措施和节能减排的量化目标,展示了中国为《巴黎协定》通过后的履约行为所作的充分准备,^⑥有效地向其他国家表明了中国将切实遵守减排承诺的决心。

在提供特定全球公共产品的过程中,大国提供结构型领导力,做出相较于它们所获得利益比例更大的贡献,而小国则承担比它们所应承担份额更小的负担,也更能激励其他国家参与。相应地,这些小国需在国际合作中对本国主权做出一些让步。^⑦比如,《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》中同时包含“胡萝卜与大棒”条款来激励各国加入。发达国家为多边执行基金提供财政

① Letter Dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations Addressed to the Secretary-General, “Responsibility While Protecting: Elements for the Development and Promotion of a Concept,” A/66/551-S/2011/701, 11 November 2011.

② Andrew Garwood-Gowers, “The BRIC and the Responsibility to Protect in Libya and Syria,” in Rowena Maguire, et al., eds., *Shifting Global Powers and International Law: Challenges and Opportunities*, Routledge, 2013, pp. 81-91.

③ Thorsten Benner, “Brazil as A Norm Entrepreneur: The ‘Responsibility While Protecting’ Initiative,” GPI Working Paper, March 2013, pp. 8-9, http://www.gppi.net/fileadmin/user_upload/media/pub/2013/Benner_2013_Working-Paper_Brazil-RWP.pdf, 2021-02-02.

④ 阮宗泽:《负责任的保护:建立更安全的世界》,《国际问题研究》2012年第3期,第9—22页。

⑤ Clint Peinhardt and Todd Sandler, *Transnational Cooperation: An Issue-based Approach*, Oxford University Press, 2015, p. 29.

⑥ 《强化应对气候变化行动:中国国家自主贡献》,中央政府门户网站,2015年6月30日, http://www.gov.cn/xinwen/2015-06/30/content_2887330.htm, 2021-02-02。

⑦ Clint Peinhardt and Todd Sandler, *Transnational Cooperation: An Issue-based Approach*, Oxford University Press, 2015, pp. 106-112.

支持,用来承担发展中国家执行该条约的部分开支。作为交换,议定书使得占据某种管控物质的全球消耗量一半以上份额的成员(多为发达国家),可以通过 2/3 决议通过将该物质纳入管控范围的修正案。而修正案通过后自动对全体成员国生效,除非某个成员完全退出这一制度体系。此外,为打击“贸易泄露”问题,议定书就管控物质及其产品限制成员与非成员国的贸易。考虑到议定书覆盖了占管控物质全球消耗量 2/3 的国家,面临资金、技术和市场准入限制的发展中国家,只有加入议定书才能避免遭受更大损失。^①

(三) 所倡议国际规则的可执行性

国际法的生命在于执法,而不具备可执行性的规则,即使暂时获得通过,也会在实践中丧失其强制力,并进而损害相关制度下国际法治的可信度。国际社会曾先后通过量化排放标准和技术标准这两种形式的规则来防止海上原油污染。历史上,在单壳油轮排空压舱水并用原油重新蓄满舱体时,大量原油会随着压舱水被排入海中,污染港口附近的海域。为了解决这一问题,经过三次缔约努力,国际社会终于在 1954 年达成了一个生效的条约,它禁止油轮在距离海岸 50 英里的范围内排放超过总排放量万分之一(100ppm)的原油。但由于该条约既没有规定执行的方式,也没有为其他国家提供遵守规则的动机,它不仅在实践中缺乏拘束力,而且还打击了各国在短期内继续开展国际谈判的积极性。^②

1978 年,《关于 1973 年防止船舶污染国际公约之 1978 年议定书》通过,要求油轮建立分离的蓄油舱和储水舱以避免水油混合。该技术标准显著提升了规则的有效性。首先,检验是否遵守规则变得简便快捷,仅需一次登船检查就能迅速完成,而且检验结果可以与其他成员国分享,从而避免了重复劳动;其次,新规则明显更易于执行,港口国家只需禁止不符合规定的油轮进入它们的水域。因为该规则所保护的是本国的近海水域,这些港口国家也有足够的遵法动机。这个条约的成员国遵法记录近乎完美。再次,鉴于一艘油轮的价值取决于它能停泊的港口数量,新规则也激励了广大油轮运输公司参与,并反过来吸引更多国家加入。^③

^① Scott Barrett, *Why Cooperate? The Incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford University Press, 2007, pp. 78-84.

^② Ibid., pp. 158-159.

^③ Ibid., pp. 159-160.

又如,在《联合国海洋法公约》通过前,在长达两个多世纪的时间中,大部分国家的实践都以三海里为领海。原因在于,三海里是那个时期最强的武器——加农炮的最远射程。^① 武力所及的范围是沿岸国家的权利终止之处。中国一直主张,在经济专属区内未经沿岸国许可的他国军事行为不合法。^② 但就该规则的执行而言,只有包括中国和伊朗等少数国家在实践中维持对美国所谓的“航行自由行动”的常规拦截,而其他沿岸国家或是缺乏远洋执法能力或是主观意愿上不愿意挑战海洋强国,这其中也包括与中国在法理上主张一致的其他国家。^③ 鉴于短期内美国的军事优势地位难以改变,中国亟须探索是否存在可以实现同一政策目标的其他更具可执行性的规则,以及如何激励其他国家积极维护本国近海的安全利益。

(四) 所倡议国际规则的内容应当具备的一般性要件

从内容方面看,成功的规则倡议必须满足以下四项要件:(1) 规则必须清晰具体;(2) 规则必须经得起挑战并长期保持发展势头;(3) 规范应能够回答超越局部文化或政治背景的普遍性问题;(4) 与国际社会某个明确的发展方向一致的规则成功的机会较高。^④

国际法规定了以国家为主的行为体的权利与义务,并且限制了国家就特定议题制定政策的自主权。因此,如果某个规则倡议所规制的行为体和行为的内容模糊或过于复杂,则较难获得各国支持。而规制内容精确的规则可以让其他国家更好地了解自己所要做出的法律承诺的范围,也因此更能清晰地评估本国立场而非犹豫观望,并在后续的发展过程中减少争议及提高遵法程度。在联合国大会起草《制止向恐怖主义提供资助的公约》时,各国代表普遍认为仅对恐怖主义行为制定一般性定义是不够的,而需要识别应当被禁止的赞助恐怖主义的具体行为,并且根据这些行为发生的特定情形来制定精确的

① Bowen L. Florsheim, "Territorial Sea—3000 Year Old Question," *Journal of Air Law and Commerce*, Vol.36, No.1, 1970, pp. 79-80.

② Permanent Mission of the People's Republic of China to the UN, "Foreign Ministry Spokesperson Ma Zhaoxu's Regular Press Conference on March 10, 2009," 10 March 2009, <https://www.fmprc.gov.cn/zflt/eng/fyrth/t541713.htm>, 2021-02-02.

③ United States Department of Defense, *Maritime Claims Reference Manual*, http://www.jag.navy.mil/organization/code_10_mcrm.htm, 2021-02-02.

④ Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, "International Norm Dynamics and Political Change," pp. 906-908.

规则。^① 中国一直主张禁止使用武力作为一般性原则适用于网络空间,并通过与上海合作组织其他成员国一起提交的两版《信息安全国际行为准则》提出在网络空间内“不使用信息通信技术和网络开展与维护国际和平与安全背道而驰的活动”。^② 然而,目前大部分国家对于何种网络袭击可以构成使用武力、各类信息技术术语的具体含义、在技术层面是否已经能实现准确追踪网络袭击的来源等核心问题上依旧保持沉默或策略性模糊政策。^③ 在缺乏国际共识的情况下,尤其是考虑到大部分网络攻击是由非国家行为体发动的,^④各国在中国主张的规则下的具体权利、义务和被限制行为的范围都仍不够清晰,必须在未来国家实践中逐步澄清。

许多规则倡议在刚刚被提出时因为其内容在正当性和合理性上的缺陷而失去发展势头。大致来说,一个规则倡议的内容是否经得起挑战,可以从四个维度进行衡量:(1) 所倡议规则本身的正当性,即它在外交对话和条约等实践中被国家所接受的程度,以及在更广的范围内被非政府组织和公民社会接受的程度;(2) 第三方对违反所倡议规则的行为的反应,或者是否存在其他的国际法规则指出了此类行为的不正当性,甚至试图惩罚或纠正此类行为;(3) 各国的行为与所倡议的规则相符的程度,或者是否受到所倡议规则的指引;(4) 所倡议的规则被各国内化到政策文件、议定书、国际或区域性组织的标准、国内外机构的规则和国内法中的程度。^⑤

然而,即使规则的正当性在形成的过程中几乎无争议,但如果面临拥有较强的话语权和硬实力的大国的挑战,尤其是如果同时存在一定数量的立场相

① Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law*, p. 7.

② “International Code of Conduct for Information Security,” Annex to the Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russia Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations Addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/66/359, September 14, 2011, paras. (b), (j); “International Code of Conduct for Information Security,” Annex to the Letter dated 9 January 2015 from the Permanent Representatives of China, Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Russia Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations Addressed to the Secretary-General, UN Doc. A/69/723, January 13, 2015, para. 2(2).

③ Dan Efrony and Yuval Shany, “A Rule Book on the Shelf? Tallinn Manual 2.0 on Cyberoperations and Subsequent State Practice,” *American Journal of International Law*, Vol.112, No.4, 2018, pp. 584-585.

④ Kubo Macak, “Decoding Article 8 of the International Commission’s Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors,” *Journal of Conflict and Security*, Vol.21, No.3, 2016, p. 410.

⑤ Nicole Deitelhoff and Lisbeth Zimmermann, “Norms under Challenge: Unpacking the Dynamics of Norm Robustness,” *Journal of Global Security Studies*, Vol.4, No.1, 2019, pp. 6-9.

同的大国,提出规范倡议的国家可能就无法或不愿继续推动所倡议的规则。以禁止使用酷刑为例,21世纪初期,欧洲各国一直拒绝公开批评美国滥用酷刑的行为。^①又如,巴西提出的“保护过程中的责任”在一开始就遭遇了西方大国的反对,也没有获得其他国家的支持,巴西因此迅速失去了继续推动这一规则倡议的热情。^②随后,由中方学者提的“负责任的保护”概念,限制了依据“保护的责任”对大规模侵犯人权采取国际军事干涉的适用情形。这一概念曾在半官方与非官方的国际对话中获得一定好评。^③但是,利比亚局势的恶化与美国直接绕过联合国安理会发动叙利亚战争,暴露了以美国为首的西方大国践踏此类国际法的态度,也削弱了中国继续推进此规则倡议的实际意义。

在大多数情况下,国家在国际法规则下的义务都来源于它们所做出的愿意受拘束的同意。如果某个规则倡议的内容能够有助于解决超越地区性文化或政治背景的普遍性问题,则更容易获得数量较多的国家支持。与此同时,如果多数国家在特定问题上的实践和立场趋同,则可以认为其反映了国际社会某个明确的发展方向,而准确体现这一发展方向的规则倡议自然也就能够获得较多国家的支持。然而,对于“超越局部文化或政治背景的普遍性问题”和“国际社会的发展方向”,人们聚讼纷纭。一些学者认为,在第三个要件项下,能体现具有普遍性价值的规则倡议更可能获得其他国家的支持,并进而提出了五项“世界文化”的核心原则,即普世主义、个人主义、民选政府、理性进步和世界公民权。^④还有一些学者提出更具体的内容,如旨在保护生命和身体完整、防止弱势和无辜群体受到人身财产伤害以及法律面前平等的机会等价值的规则倡议,更容易引起跨国和跨文化的共鸣。成功例子包括《关于防止及惩治灭绝种族罪公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》等人权条约的制定。^⑤

值得注意的是,国际社会的发展并非是线性的。即使某个发展趋势已经

① Nicole Deitelhoff and Lisbeth Zimmermann, “Norms under Challenge: Unpacking the Dynamics of Norm Robustness,” *Journal of Global Security Studies*, Vol.4, No.1, 2019, p. 10.

② Thorsten Benner, “Brazil as A Norm Entrepreneur: The ‘Responsibility While Protecting’ Initiative,” GPPi Working Paper, March 2013, pp. 8-9, http://www.gppi.net/fileadmin/user_upload/media/pub/2013/Benner_2013_Working-Paper_Brazil-RWP.pdf, 2021-02-02.

③ Gareth Evans, “Protecting Civilian Responsibly,” Project-Syndicate, October 25, 2013, <https://www.project-syndicate.org/commentary/gareth-evans-on-moves-by-china-and-other-brics-countries-to-embrace-humanitarian-intervention>, 2021-02-02.

④ John Boli and George Thomas, “World Culture in the World Polity: A Century of International Non-Governmental Organization,” *American Sociological Review*, Vol.62, No.2, 1997, p. 171.

⑤ Margaret E. Keck and Kathryn Sikkink, *Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics*, Ithaca: Cornell University Press, 1998.

相对明确,比如经由联合国大会的决议确认,与之相符的规则倡议是否能够保持正向的发展势头仍具有不确定性。前文讨论过的“保护的责任”概念和由发展中国家在国际经济新秩序运动中提出的“适当的”征收补偿标准,它们在后续发展过程中并未得到强化,反而被削弱。

但可以确定,仅反映某国独特诉求的规则倡议很难引起其他国家的共鸣,由此可能在一开始就遭遇众多国家的反对。以前文提到的2017年世贸组织部长级会议为例,中国提出的要求各国对国内反倾销程序采取更严格程序的倡议。该倡议所体现的正当程序和市场自由化价值都与国际社会的主流发展趋势一致,所试图解决的也是具有全球普遍性意义的问题,尤其针对当前美国滥用单边贸易措施并威胁世贸组织法治的情形。但是,由于它更多的体现了我国作为全世界被采取反倾销措施最多的国家的诉求,所以并没有获得较多国家的支持。较为成功的例子则是自20世纪70年代起,中国在国际环境法领域与印度等发展中大国一起推动的“共同但有区别的责任”原则。该原则体现了整个第三世界国家群体在寻求发展权的同时实现环境保护的共同诉求,与从当时开始延续至今的“可持续发展”这一国际主流思潮相符合。^①

三、中国参与特定领域国际法规则制定的能力

在长期主导国际法律秩序的过程中,传统大国在证成、设计和评价国际法规则等方面都形成了法律能力优势,并据此削弱新兴大国和其他发展中国家制定国际法的努力,或者试图重塑这些努力的方向。虽然近年来传统大国的软硬实力相对衰弱,但得益于国际法的秩序固化功能,它们在国际法规则制定上的法律能力,较之发展中国家仍然具有优势。具体而言,一国在以下六个方面的法律能力决定了其是否能够有效地影响国际法规则制定:(1)有效识别可以服务于同一政策目标并能被策略性混用的既有法律规则的能力;(2)有效识别并构建可被叠加使用的其他法律框架的能力;(3)根据参与国际造法对话的国家和非国家行为体过往的国际法行为模式开展有效谈判的能力;(4)有效识别全球性问题和现行规则的法律解释空间与规制空白的能力;(5)设计替代性或补充性规则及其支持性制度的能力;(6)影响国际组织的决策、程序、人事

^① Louis B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment,” *Harvard International Law Journal*, Vol.14, No.3, 1973, p. 430; Lavanya Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford University Press, 2006.

和软法制定的能力；(7) 培养高端人才进入核心“解释圈”的能力。^①

上述法律能力的建设需要国家动用大量的硬实力资源(如资金、人力与其他资源的投入等)和软实力支持(如在各个国际法院的法官选举、各大国际组织的高级官员和重要法务人员的推选、在国际造法程序中对别国的影响力等)。然而,并非所有具备一定软硬实力的国家都选择将上升的实力转化为国际法上的优势,或是认识到建设国际法上的能力的重要性。将国家软硬实力转化为国际法上的能力优势,主要通过以下三个渠道来实现:(1) 具体领域的国际法专业人才培养;(2) 国际法专家参与相关决策程序的程度和方式;(3) 统筹和协调各部门所代表的国家利益和所掌握外交资源。这三个渠道互相影响,共同决定了一国在特定领域的国际法能力水平。

(一) 国际法专业人才的培养

自改革开放以来,中国不断深化融入现行国际法体系,处理涉外事务的方式已从过去依靠政治外交方法,^②逐渐转变为将法律与政治手段相结合。在国际贸易法和国际投资法领域,中国已经开始建立一定的应用国际法和参与国际规则制定的能力优势。中国已经成长为世贸组织争端解决机制的娴熟使用者,并通过公私合作与国内外律所配对协同工作等方式,培养了一大批擅长国际贸易法的律师。^③为了更好地服务于中国企业避免或妥善处理海外投资纠纷,国内律所已主动加速推进国际化并加强涉外人才的培养。^④此外,商务部条法司已经针对贸易救济、贸易壁垒调查与应对、世贸组织与区域贸易协定争端解决和国际投资法律事务这四个领域建立了境内外律师事务所库。^⑤这不仅激励了国内律所在相关领域的人才培养方面投入更多的资源,而且加速了境内律所通过与境外律所的交流提升专业能力的过程。

然而,如果以有能力代表国家处理国际法诉讼为标准,尤其是能直接参与

① Ian Johnston, "The Power of Interpretive Communities," in Michael Barnett and Raymond Duvall, eds., *Power in Global Governance*, Cambridge University Press, 2005, pp. 185-204.

② MA Xinmin, "China's Mechanism and Practice of Treaty Dispute Settlement," *Chinese Journal of International Law*, Vol.11, 2012, p. 387; Sean D. Murphy, *United States Practice in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 99-102.

③ Mihaela Papa, "Emerging Powers in International Dispute Settlement: From Legal Capacity Building to a Level Playing Field," *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.4, No.1, 2013, pp. 97-98.

④ 如《中国律所加速推进国际化进程》,《法制日报》2019年9月2日, http://www.legaldaily.com.cn/Lawyer/content/2019-09/02/content_7982282.htm, 2021-02-02。

⑤ 参见中华人民共和国商务部官网,关键词搜索“律师事务所库”。

国际司法机构的口头辩论环节,国际法其他领域仍缺乏能够娴熟运用现行规则的专业人员,特别是能够直接参与或服务于制定国际法规则谈判的复合型国际法外交人才。在国际法基础理论、国际人道主义法、国际人权法和国际组织法等领域法律人才的不足,在很大程度上制约了我国在规则制定上发挥更大的作用。

(二) 法律专家参与决策的程度与方式

一国能否提出高质量的规则倡议,能否有效地策略性使用国际法工具,在很大程度上取决于法律专家参与该国决策的程度与方式。从形式上来说,国际法学者既可以被政府招募,也可以通过非制度化、随意性的机制参与国际法实践。^①目前,我国不同领域的国际法专家参与决策的程度与方式也呈现不均衡状态。这在一定程度上影响了中国针对未来发展的需求对规则制定进行提前规划。

在商务部主导的国际贸易法和国际投资法领域的决策过程中,对适用法的事前评估已经成为日常工作的例行程序,国际法专家参与决策的程度较高,参与的人数也较多。对于贸易救济和世贸组织争端解决,法律技术官员只负责把握案件的国家立场与主张,将具体法律问题和证据事务交给专业的律师团队,由国家部委、地方政府及中介机构、相关行业协会和律师共同组成的案件工作组来确定应对策略。^②

而在国际公法的其他领域,只有少数专家能以常规咨询的方式参与到高层次的决策过程中。例如,由4名顾问和11—12名委员组成的外交部国际法咨询委员会,也有个别海洋法和国际环境法的专家直接参与了争端解决或规则谈判。其他国际法专家多以为实务部门提供个案咨询意见的零散方式参与决策。而政府内部的法律技术官员已经承担了大量的日常事务性工作,难以深入开展法律研究,更难以为数量众多的国际谈判匹配能够在现场提供法律意见的专家。对此,我国可以尝试将部分不涉密的国际法具体问题委托给律所、高校或智库,推广中外律所结对子的工作模式推广到其他领域,从而使实务部门能够更多地关注如何策略性地运用国际法实现政策目标。

① 蔡从燕:《中国国际法学者在国际法实践中的作用》,《中国法律评论》2016年第2期,第84页。

② 杨国华、史晓丽:《我们在WTO打官司:参加WTO听证会随笔集》,北京:知识产权出版社2015年版,第2、134、178页。

(三) 不同部门利益的统筹协调

参与甚至主导国际规则的制定将耗费大量的人力物力,需要推动规则制定的国家窗口部门来统筹协调各部门掌握的外交资源,集中力量确保重点规则制定活动的开展。国际法能力优势明显的国家能够根据本国的国情和诉求,排列出参与不同领域规则制定的优先级,并统筹调度不同领域的资源以服务于本时期的优先政策目标。

在我国,一般性的国际法谈判多由外交部主导,而国际贸易、对外投资和气候变化这三个领域的国际谈判主要由商务部、国有资产监督管理委员会、国家发展和改革委员会和生态环境部主导。目前,针对涉及不同领域的国际法议题,尚未有一般性的机构,例如政府总法务或部委总法务联席会议,或常设的跨部门协调机制,来进行综合的利弊权衡和可行性分析,并就它们的优先级进行排序。对于散落在各部门管辖下的谈判杠杆和其他包括经济、技术和物资的对外援助、服贸投资优惠措施和中国企业的海外投资等政策工具,也尚未有集中的调度协调机制。这可能在一定程度阻碍了我国把业已上升的软硬实力转化为国际法上的能力优势。然而,随着中国的援外体制改革中的跨部门功能整合,以及《不可靠实体清单规定》中由各部委参加的联合工作机制的出现,有迹象表明,中国已经开始着手解决各类政策目标竞争和各部门职能争夺的问题。

结 论

结合中国在不同国际制度下参与国际造法活动的条件、所积累的规则制定能力以及相关全球公共产品的特性,作者认为中国在近期选择参与国际规则制定的领域时可以采取以下措施。

首先,中国可以优先在联合国气候谈判、可持续发展等涉及多数国家利益的领域展开领导规则制定的试点工作,并尝试在世贸组织程序性改革的过程中根据具体议题组建立场相似的谈判联盟。从 1972 年《斯德哥尔摩宣言》谈判开始,中国就是“共同但有区别的责任”原则的共同创始人和最重要支持者之一,并在随后的 40 多年里和印度共同带领发展中国家在《关于消耗臭氧层

物质的蒙特利尔议定书》和《联合国气候变化协议》这两个框架下落实了体现该原则各要素的具体规则。中国不仅帮助发展中国家争取到一定发展空间和由发达国家提供的资金技术援助,还有效应对了发展中国家阵营面临的多次内部分裂威胁,并使发达国家最终接受了巴黎协定“自下而上”的治理模式。美国的暂时退出及欧盟的实力衰弱,为中国在巴黎协定执行规则和其他关联制度的规则制定,如国际碳排放市场的构建、国际民航组织和国际海事组织的减少碳排放计划等,提供了扩大影响力的空间。在这一领域,中国较为完善的履行国际义务的国内法体系及执法机构安排、国内碳排放市场的经验和我国节能减排企业在全球行业标准制定中的领先地位等一系列因素,都为中国在气候变化规则制定中发挥规范性领导力奠定了基础。

在世贸组织体系中,与传统大国和巴西、印度等发展中大国相比,中国的结构型和理念型领导力仍显不足。要推动创设新的实体规则,可能仍需要组建由中国主导的谈判联盟,短期内难度较大。然而,中国近几年深耕于世贸组织程序性规则的改革,致力于帮助发展中国家更好地融入世贸体系和促进世贸组织更为民主、平等、普遍参与的决策机制。最近上诉机构停摆和美国掀起的贸易战为我国在程序规则制定中发挥领导力提供了契机。在2019年5月14日提交的《中国关于世贸组织改革的建议文件》中,中国针对个别成员国滥用国家安全例外措施、不符合世贸组织规则的单边措施、贸易救济的滥用误用和农渔业补贴等做法表达的主张都体现了对非歧视性、开放、公平等多边贸易体制核心价值的支持,有利于为国际贸易体系创造稳定和更具可预见性的竞争环境。在推广程序性规则倡议的过程中,中国可尝试根据具体议题组建立场相似国家谈判联盟,并通过部署“一带一路”倡议、亚洲基础设施投资银行和新发展银行的项目、中国—东盟自贸协定、南南发展基金等资源来为其他发展中国家提供新的激励机制,改变它们的成本效益考量。

其次,中国暂不适宜在以下领域推动规则制定,以防过早被国际规则束缚,或落入西方构陷的“修正主义大国”圈套:(1)本质上更适宜通过政治手段,尤其是双边谈判来解决的问题,如领土和海洋划界争端;(2)国际法的有效性在很大程度上受霸权制约的领域,比如武装冲突法、使用武力的合法性规则和军控;(3)对于从长远上看与中国主张的非歧视性、公平、开放的全球市场相符且有利于中国的可持续发展,但高于当前国内标准的经贸规则,中国不仅要努

力缩小本国实践与国际规则之间的差距,更要积极利用现行规则及其所依托的多边体系来抵御传统大国试图减损我国既得利益的倡议;(4) 与我国实践存在不可调和的矛盾,但我国已经利用现行规则下的法律工具规避其拘束力的现行规则,如《公民与政治权利公约》中涉及社会政治制度选择的义务和国家豁免在商业活动中的限制适用等,或我国正循序渐进地克服履约障碍,如全面消除刑讯逼供与非法取证、消除各类歧视等。一方面,应强调利用国家主权原则、条约批准与保留、一贯反对者规则和其他灵活机制等应对措施合法性和正当性,以及国际法本身的包容性与多元价值;另一方面,在面对传统大国的“退群”、双重适用和违法行为时,中国不仅不能因此否定这些领域国际法的强制力,反而应在这些多边国际组织面临霸权主义和例外主义的威胁时,充当其坚实的后盾,在诸如联合国人权理事会和其他基于人权条约的机构营造我国积极履约的良好形象。