

论国际习惯与国际法的发展

王晓晔 韩秀

(湖南大学法学院, 湖南省长沙市, 410000)

摘要: 本文概述了国际习惯的定义、构成要素, 回顾了国际习惯的发展历程, 论述国际习惯在国际法中的地位 and 所起的作用, 以及国际习惯在实践中解决国际争端的作用, 从而为今后国际法的制定和全面发展提供前提和基础。对国际习惯和条约进行对比分析, 简要介绍了国际习惯在中国的发展。

关键词: 国际习惯; 国际习惯法; 条约; 国际法

中图分类号: D9

文献标识码: A

国际习惯法是国际法的重要组成部分, 国际习惯也是国际法的重要法律渊源。在不同的历史发展阶段, 国际习惯在国际法中的地位和作用也不尽相同。本文主要围绕着国际习惯本体进行论述, 着重对国际习惯的发展历程进行分析。

本文分为四部分: 第一部分是国际习惯概述, 对国际习惯的概念和构成要素进行论述。第二部分是论述国际习惯的发展历程, 大体分为 20 世纪之前和 20 世纪之后两段历程, 考察其在不同的阶段对国际法的发展所处的地位和发挥的作用。第三部分是国际习惯与条约, 通过对同为国际法渊源的条约和国际习惯的分析对比, 阐明国际习惯的发展。第四部分是中国与国际习惯, 着重探讨中国对国际习惯法的发展和贡献。

一、国际习惯法概述

(一) 国际习惯的定义

对于同作为国际法的渊源国际习惯, 国际习惯产生于国际条约之前, 它是用以调整国家间权利义务关系的一种非常重要的手段。根据《国际法院规约》第 38 条第 1 款 (丑) 项:

“国际习惯, 作为通例之证明而经接受为法律者” (international custom, as evidence of a general practice accepted as law.)。但是这个定义曾经遭到郑斌教授的批评, 马克斯基对此也持否定态度, 他认为习惯的证明是由普遍的实践所证明的, 而并不是因为被接受。¹

在正式论述国际习惯构成要素及发展历程之前, 首先要厘清国际习惯与国际惯例这两个不同概念, 清楚的了解二者的区别与联系。国际惯例分为广义的国际惯例和狭义的国际惯例, 前者既包括有法律约束力的国际习惯, 也包括没有法律约束力的惯例。后者专指具有法律约束力的国际习惯。而国际习惯即就是狭义上的国际惯例。

首先, 两者的主要区别就在于: 国际惯例是国际交往中的惯常行为, 对国家不具有强制效力, 不具有法律约束力, 因此国家适用的弹性较大。惯例的非法律性, 决定了国际成员可以依惯例而为, 也可以从事与惯例内容相反的行为。而国际习惯必须是统一的和自身一致的, 具有强制性和权威性, 其法律约束力使得违反国际习惯的行为需要负国际责任。如在 1922 年常设国际仲裁法院审理的挪威诉美国的“挪威船主求偿仲裁案”中, 美国由于战时需要征用了挪威船主的船舶, 并于战后拒绝归还和赔偿。国际法院作出了美国向挪威船主赔偿 1500 万美元的判决, 这是因为美国违反了国际习惯, 即“在国际习惯法上, 一国境内的外国私人

¹ Wolfke, Karol, Custom in present International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2nd, 1993. pp5-6

财产是不可侵犯的，国际法要求对友好的外国人的财产给以完全的尊重。”²其次，二者的联系主要表现为惯例是习惯的早期萌芽的产物，为国际惯例的形成提供基础。只要惯例被接受为法律，就形成具有法律约束力的国际习惯。

（二）国际习惯的构成要素

在《国际法院规约》中给出的定义特别指明了国际习惯的两个构成要素：一是“通例”，二是“经接受为法律”。所谓“通例”，是从客观方面出发，这要求一项国际习惯必须具备国家实践，而且是一致和重复的行为，即物质要素。所谓“经接受为法律”，是从主观方面出发，只有大多数国家接受了这项习惯，在内心已形成法律确信的理念，才能具备普遍的法律约束力，即心理因素。心理因素是表明一个国家甘愿接受此项规则约束的有利证明。因此国际惯例转变为国际习惯的决定性因素是心理因素。

国际习惯形成于国家的不断实践。对于它的要素，除了有“两要素说”即物质要素和心理要素这一观点外，也有其他学者提出了不同的观点。比如英国学者伊恩·布朗利持“四要素说”，即：（1）实践的持续性；（2）做法的一致性；（3）做法的一般性；（4）法律及必要的确念。其中前三个要素可以归结为物质因素。因此，伊恩·布朗利的四要素说最后可归结为二要素，二者并没有实质性的差别。

1、物质要素

物质要素即一般国家实践的形成，也可以是国际惯例的形成，它是经过实践后而产生的果实。如在国际法院审理的“英挪渔业案中”，其依据即如果国家的权利主张未曾实践过，那么这项权利便不能被确立为习惯法，便不具备法律约束力。³国际法学界通行的看法是“三性”，即时间性（temporality）、一致性（continuity）和一般性（generality）。只有惯例具备这三个条件时，我们才称之为国际习惯。

（1）时间性，即惯例使用时间的长短。在国际法产生的初期，国家间的交往有限，因此对惯例的实践需要经过相当长的时间才能逐渐为各国所接受，赋予它法律效力。比如公海自由原则直到19世纪才得到国际上各个国家的承认，但这个承认的过程却长达2个世纪。但相反的是，20世纪50年代人类在进入外太空探索和进行一系列活动不久后，就形成了外空自由原则。这是因为随着人类社会的发展，国际交往日渐频繁，以及国际组织在国际习惯的形成过程中所发生的推动作用，大大缩短了实践的时间。因此对国际惯例发展为国际习惯的时间要求也渐渐淡化，时间要素已经不是国际习惯形成的必要因素。正如布朗利所认为的，“时间的经过当然的构成一般性和一贯性的部分证据，但当一项实践的一贯性和一般性被证明之后，特别的时间经过就没必要了”。

（2）一致性，即各国之间的实践应该是保持一致的，如果相互之间发生冲突，就不可能产生国际习惯。国际法院在“庇护权案”中发表了对各国间实践一致性的意见：一国在援引一项规则时，其他国家对此做法也一致时，才能确立一项具有法律约束力的习惯。阻碍一项习惯确立的并不是缺少重复的国家实践，而是在实践中存在大量的不一致和分歧。只有在国家活动中，各国坚持不间断的实践且始终如一，才能形成国际习惯。比如在适用禁止使用武力和干涉别国内政等原则上，国际法要求绝对的一致性，而对于其他的规则和惯例，这并不是绝对和死板的，只要国家的行为能够不违背国际法精神和原则，与国际习惯保持大体的一致性就足够了。

（3）一般性，是指国际习惯形成和被接受的广泛程度。只有多数国家的认可与实践，而

² 《国际私法》韩德培，任继圣主编，第25页。

³ [英]阿库斯特著，朱奇武译，现代国际法概论，中国社会科学出版社，1981年版，第34。

非仅仅一个或少数几个国家的参与,才能形成一项国际习惯。比如一些国家进行的人道主义干涉,在许多国家反对的情形下,就不可能成为国际习惯。但是如果一项规则在产生过程中遭到有些国家的反对,就会使国际习惯的形成受到阻碍,有可能纵容强国破坏国际习惯。因此,必须对反对作出一定的限制,即只有当一个国家坚持反对一项规则得到其他国家同意或默认之后,才能脱离该规则的束缚,不对该国家产生约束力。

2、心理因素

一项惯例如果想成为国际习惯法,还必须分析它们为什么那么做,即心理因素:法律确信。对于一项惯例,只有国际法主体认可之后,才可以成为国际法,成为国际习惯。这种心理上的认可,使得此惯例对承认惯例的国家产生法律效力,受其约束。我们可以从很多的已有判例中得出国际上对法律确信的支撑。比如在“北海大陆架案”(1969)中,国际法院认为,要形成一项新的习惯,不仅要求此规则是已经确定的,而且还要求它们得到法律确信。只有这样才对各个国家有普遍约束力,得到普遍遵守。对于只是社会上单纯对这种意识有需要,且没有法律约束力的,国际礼让不具备国际习惯所强调的国际法约束力。如果一种通例在实践中并没有得到各种的法律确信,那么它只可能是国际礼让之类的规范,而尚不具备国际习惯的构成要素和效力。只有经过漫长的产生和积累过程,逐渐得到国家间的认可,我们才可以说法律确信已经形成。只有上述两方面的因素已经同时具备的情况下,某项具有法律约束力的国际习惯才被正式确立起来了。

二、国际习惯的发展历程

(一) 20世纪以前

国际习惯最早产生于商业领域,是商人用来调整商事关系和解决商事纠纷的规则。其在中世纪时期,商事习惯得到商人的普遍遵守和认同,成为调整商事关系的有效规范(通称商人法, Law Merchant)。随着民族国家的不断建立,各民族国家开始广泛制定商法典。大量的国际习惯被吸收在制定法中,成为调整商事关系的有效规范,其中最典型的便是海事国际习惯。学界中普遍认为在公元前9世纪产生于地中海沿岸的航海习惯法《罗得海法》是海事国际习惯的起源,它是以共同海损为中心内容,用以解决争议的一种习惯。随着海上贸易的发展,海商法进入了制定法阶段,产生了《奥列隆惯例集》(LEX OLERON)、康索拉度法(LEX CONSOLATO)、《维斯比海法》(LAW OF WISBY)三大海事法规。这一时期的特点就是对航海贸易管理的编纂和汇集。因此我们可以认为远古时代的国际法都是习惯法。随着国际实践的不断进展,制定法逐渐发展壮大,而导致习惯法逐渐失去原有地位。尤其是到了罗马帝国,制定法的法律渊源地位达到高峰。但在罗马帝国灭亡后,习惯法又恢复了主要渊源的地位。⁴

在国际习惯发展的初期,格劳秀斯的国际法理论促进了国际习惯法的形成,成为国际法的最主要的法律渊源。除了欧洲国际法对国际法渊源的探究,还可以追溯到比格劳秀斯更早的时期。在西方,可追溯到古犹太、古希腊和古罗马时期。而在中国则可以追溯至中国的战国时期。⁵《奥本海国际法》国际法的根源可以追溯到远古。在古代国家遵守的规则惯例是被赋予了神话色彩,违反的话则会受到神的惩罚。在国家的对外交往方面,罗马人留给后人的是具有法律约束力的规则这样的范例,其以后逐渐就发展成为现在的调整国家间权利义务

⁴ 周永坤:《法理学——全球视野》,法律出版社2000年版,第43-44,有关习惯在罗马法上的地位及例证参见周栢:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2002年版,第751-762页。

⁵ 杨泽伟.宏观国际法史[M].武汉:武汉大学出版社,2001.402.

的国际法。这里的规则就是传统国际习惯法的雏形，换言之，古代国际法主要是以习惯法的形式表现出来的。

此后，国际习惯法作为国际法的基础，在早期的国际法著作中发挥着重要的作用，而到了十八到十九世纪，国际法才有了长足的发展。虽然作为国际法另一重要渊源的条约数量大量增加，但仍然是由国际习惯法发挥主要的规制作用。这是因为条约与国际习惯法还是有很大差别的，主要表现在条约仅调整条约的缔结成员，对条约之外的国家不能产生约束力。条约并不能得到所有国家的一致认可，并不能起到规范各国际成员的作用。因此，在20世纪之前国际习惯是国际法的最重要的法律渊源。

（二）20世纪以后

但是，在20世纪之后，国际习惯作为国际法最重要的渊源的地位逐渐丧失，这主要表现在《国际法院规约》中所列举的国际法渊源中，国际习惯法仅居于国际条约之后，居于次要地位。其主要原因有：一、条约与国际习惯法的主要区别在于国际条约为国际成员提供的是确定性指引，而国际习惯法提供的是不确定性指引。在一国明确表示加入后，受条约的直接约束，若违反则承担国际责任。而国际习惯法则不具备这种特质，它的内容、范围等不确定。且国际习惯法的形成要经过一定时间沉淀，相对于国际条约的易制定来说，不符合现代社会对效率的追求，更不能有效及时的解决在国际交往中出现的争端。因此，现代国际社会多倾向于制定条约来约束各国的行为，故国际习惯法作为对国际条约的补充，逐渐退居到国际法渊源的次席。二、除了国际习惯法本身的缺陷，二战后的国际形势发展也对国际习惯法的地位有影响。二战后，大量的社会主义国家和第三世界的国家取得了民族解放和国家独立的胜利。随着力量的不断壮大，他们也越来越反对帝国主义和殖民主义，要求重新建立国际秩序，这同时就包括重建国际法律秩序，尤其是反对渗透着西方价值观的国际习惯法。因此，在世界各国的反对之下，国际习惯在与国际条约的对阵中，由于其不确定性和发展的缓慢性，国际习惯法的规模逐渐缩小，国际条约的数量不断增加（在一百年间，从40多个激增到170多个），已经取代了习惯法的最重要法律渊源地位。

但是，我们并不能说国际习惯法的发展就此止步了，这种观点是偏激的，不可信的。首先，国际习惯仍具备某些独特的优点。在《条约法公约》中，条约的效力仅及于缔约国，而对于没有加入该条约的国家，不具备法律约束力，不受其约束和制约。而且，从各条约的缔结情况看，迄今为止没有一个所有国家都加入的条约，即使是《联合国宪章》也不例外。相对而言，国际习惯法便具有适用上的普遍性。因此，从某种意义上讲，只有国际条约的国际法是不完整的，不能有效规制和解决所有的争端和问题，故国际习惯法的其存在还是有现实意义的。

在20世纪后，对于国际条约和国际习惯法的法律适用，国际上通行的做法是先从已存在的国际条约中进行选择，选择可适用的国际条约。这是因为条约提供确定性指引，其分类细致且针对性强，能有效解决国际争端，符合及时有效解决问题的要求。但若在适用条约时发生疑问，应以国际习惯作为背景加以解释，不能违背国际习惯所确立的国际法精神和原则，并且国际习惯法在条约与强行法规则发生抵触情况下优先适用。同时，国际习惯还具有其独立性，在国际习惯法被国际条约吸收后，习惯法的效力并不因此失去之后的独立有效性而仅仅依附于条约，它依然区别于条约而独立存在。国际法院曾明确指出：“法院不能驳回依据习惯的和一般的国际法原则所提出的主张，仅仅是因为这些原则已经被‘铭刻’进了所依据的公约的文本中，上面提到的原则被编撰或体现在多边协议的事实并不意味着他们停止存在和作为习惯法原则适用，即使是对公约成员国。这样的习惯法原则包括禁止使用武力、不干涉、尊重国家独立和领土完整等。

四、条约与国际习惯

在国际法的发展历史中,国际习惯曾经作为国际法最古老的国际法渊源而存在,对国际法的发展做出了巨大的贡献。但是如今条约已经取代国际习惯的主要渊源地位,在国际交往的实践中发挥着更大的作用,它的重要性“在过去一个半世纪以来不可估量的增加了”。⁶这二者地位转换的主要原因就在于国际需要的改变。在实践中对国际习惯的需要减少,对条约需要的增多,是条约与国际习惯地位变化的决定性因素。这可主要总结为两点原因:一是法律因素,二是非法律因素。在法律因素方面,由于国际习惯在法律约束力、法律援引上的要求等方面有缺陷,而相对于条约则更能适应现代社会的发展和需要,所以国际习惯在现代的国际法发展中逐渐失去了主要地位,居于次要地位。影响国际习惯与条约在国际法渊源中地位变化的另一个因素就是非法律因素,主要有国际法学思想流派的影响、政治力量的影响、全球化的影响等等。这是由于以上法律和非法律因素的影响,使得国际习惯在国际法中的地位逐渐下降,失去了它在国际法发展前期的主要渊源的地位,其作用的发挥也不再像国际条约的作用那么明显。

(一) 条约转化为习惯

由于条约与国际习惯的密切关系,在当今社会,条约也可以转化为国际习惯法。其过程就是条约的缔约国经过国家实践,非缔约国根据自身国家利益,承认条约所表达的国际意志,之后为世界各国所接受,成为国际社会所普遍接受且一体遵循的国际习惯法。在实践中条约转化为习惯主要有三种方式:一种是双边条约转化为国际习惯,但由于双边条约所规定的是具有局限性的事项,很难得到全体国际成员的遵循,因此由双边条约转化的国际习惯,往往是对特殊事项的规定。第二种是由多边条约转化为国际习惯。多数国际成员的广泛参与和国家实践,使得本来由多数国家本已承认的事项,在实践基础上得到更广泛的法律约束力,逐步上升为国际习惯。第三种方式就是经过多个条约对同一事项的规定后,这种重复性的规定渐渐成为国际社会的国际习惯法。以上三种方式是由条约转化为国际习惯的方式,在经过国际社会的实践后,逐步得到国际社会的认可,逐步获得法律确信,成为具有法律效力的习惯。

(二) 国际习惯法的效力

根据国际习惯法从条约转化而来的过程分析,我们可以将习惯法的效力大体分为两类:一种是对当事国的效力,另一种是对当事国之外的第三国的效力。由于国际习惯是由国家实践而逐渐形成的,但是当事国之间的实践对国际习惯法的形成的作用还是有限的,这是因为大多数国家都是直接适用国际条约的。也就是说,只有当条约当事国在适用规则时,还有非条约当事国的存在,如果条约当事国承认条约且适用时,表明当事国此时对该条约内容具有法律确信的意思表示,所以在之后有条约逐步转化为习惯法时,我们也可以认定该习惯法也得到了当事国承认,具有对其拘束力。关于习惯法的第二种效力——对当事国之外的第三国的效力,我们知道,当事国的实践对习惯的形成影响并不大,而第三国对由条约转化而来的习惯却有重大的价值。通过第三国对习惯法的实践,及内心上的法律确认,使得原来仅局限于缔约国之间的条约惯例逐渐成为具有普遍约束力的规则。因此一国若违反具有约束力的规则,就要承担国际责任。虽然在现实中,第三国不可能对所有习惯法的形成施加有效影响,甚至对可能对自己不利的习惯的形成无法阻止,但是我们并不能因此否认第三国的实践也会形成具有保护普遍国家利益和公共利益的习惯。

五、 中国与国际习惯

中国虽然是联合国五大常任理事国之一,但在国际习惯的形成发展中发挥的作用很小,这是因为习惯主要是由国家实践创造的,而早期的国际习惯大都是西方国家实践的结果,体现着西方国家的利益追求和价值追求。中国只能是国际法的参与者而非创造者。中国提出的

⁶周忠海主编.国际法.中国政法大学出版社.2007年版.第60页

和平共处五项原则，也只是概括了联合国所确立和倡导的精神及原则。一国两制的提出，虽具有很强的实践意义，但终究是关于国际制度而非国际法的层面。除此之外，中国在国际实践中很少参与，如中国对很多国际法条款保留，排除其适用的效力，不受管辖。中国对于国际争端的解决倾向于向WTO争议解决机构寻求救济，并未向争议解决机构之外的其他机构如国际法院等提起诉讼。

但是我们并不能就此否认中国在国际习惯形成中可能具有的贡献和作用。众所周知，现代国际习惯的形成，不仅需要国家实践的作用，还受到社会、道义和政治因素的影响。因此国际习惯的形成是一个各国决策者相互博弈的过程。在这种相互作用中，社会、道义和政治因素的影响越来越重要。所以中国以其在联合国和国际社会中的重要地位，只要积极参加各项国际组织的活动，可以对国际习惯的形成施加重要的影响。比如，在二战后大量的第三世界国家取得民族独立后，他们发现自己处在由西方国家主导的法律体系之中，而这些法律对自己是不利的。因此，他们团结起来，以其在国际上的数量优势，推动对其有利的国际决议，参与国际实践，保护第三世界国家的利益。这在一定程度上形成了由发展中国家所参与实践的国际习惯。新中国成立后，在国际社会上积极发挥大国效应，做出了一定贡献。

结 语

作为国际法的重要渊源，国际习惯的发展历程向我们揭示了国际法的发展。在经历了由最重要的国际法渊源地位逐渐转变为次于国际条约的地位后，我们也能看出国际法发展的脉络——由前期主要以国际习惯为主，到后期主要以国际条约为主，尤其是在二战后的国际法中，国际条约更是如雨后春笋般大量出现，这符合了现代社会对效率的追求。但是我们不能就此忽略国际习惯的作用，在处理国际争端和制定国际条约等各方面，国际习惯作为原则性的规范，指引着国际法的总体走向，任何行为都不得违背作为国际精神的习惯法。因此，现代国际法的发展仍然是国际条约和国际习惯的发展。

参考文献：

- [1]周鲠生. 国际法[M]. 北京：商务印书馆，1976.
- [2]王铁崖. 国际法引论[M]. 北京：北京大学出版社，1998.
- [3]洪志兴. 习惯研究的制定法向度与实践向度[D]. 山东：山东大学法学院，2006.
- [4]黄珊. 论国际法渊源与方法论意义[D]. 山东：山东大学法学院，2009.
- [5]孙萌. 以条约为基础产生的习惯法[J]. 经济法制，2001（8）：58—64.
- [6]王家利, 王亚南. 论国际习惯[J]. 科技成果纵横，2007（1）：49—50.
- [7]叶秋治. 论寻找与发展国际习惯的传统与现代方法[J]. 海南大学学报人文社会科学版，2004, 22（4）：316—322.
- [8]李伟芳. 论国际法渊源的几个问题[J]. 法学评论（双月刊），2005（4）：52—57.
- [9]刘文东. 论国际习惯的构成要素[J]. 法制与社会，2009（1）：7—8, 18.
- [10]杨泽伟. 宏观国际法史[M]. 武汉：武汉大学出版社，2001.
- [11]邵津主. 国际法[M]. 北京：北京大学出版社，2000.
- [12]赵建文. 国际法新论[M]. 北京：法律出版社，2000.
- [13]李浩培. 国际法的概念和渊源[M]. 贵阳：贵州人民出版社，1994.
- [14]王献枢. 国际法[M]. 北京：中国政法大学出版社，1994.
- [15]程琥. 历史法学[M]. 北京：法律出版社，2005.
- [16]单辉. 国际习惯与国际条约作为国际法渊源之比较[J]. 法制与社会，2011（12）：5—6.

On the development of international custom and international law

Wang Xiaoye Hanxiu

(Law school of Hunan University, Changsha/ Hunan Province, 410000)

Abstract: The paper briefly introduces the definition, elements of the international custom and a detailed introduction of the development of the international custom in the international law. According to the introduction, we can clearly get to know the role and the status in the international law and the function in solving the international disputes in the practice so that we can make a better foundation for enactment of international laws and comprehensive development in the future. Through the analysis of international custom and treaty, the paper clearly describes the development of international custom in China.

Key words: International custom; International custom Law; treaty; International Law

本文概述了国际习惯的定义、构成要素，回顾了国际习惯的发展历程，论述国际习惯在国际法中的地位 and 所起的作用，以及国际习惯在实践中解决国际争端的作用，从而为今后国际法的制定和全面发展提供前提和基础。通过对国际习惯和条约进行对比分析，简要介绍了国际习惯在中国的发展。

关键词：国际习惯；国际习惯法；条约；国际法

作者简介：王晓晔，女，湖南大学特聘教授，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师。

韩秀，女，湖南大学法学院 2013 级研究生，经济法专业。