特殊国际习惯法刍论

李 毅

(北京师范大学 政治学与国际关系学院, 北京 100875)

[摘要] 对于特殊国际习惯法,国内文献目前殊少论及。有关国际法学者的学说理论和司法判例,一再确认了特殊国际习惯法规则的存在。相对于一般国际习惯法规则而言,特殊国际习惯法在概念、成因、条件、效力范围、举证责任等方面具有自己的特色。

[关键词] 国际习惯法; 特殊国际习惯法; 效力范围; 举证义务

[中图分类号] D99 [文献标识码] A [文章编号] 1004-3489(2005)01-0055-05

国内有关国际法著作在论及作为国际法主要渊源的国际习惯时,通常指的是一般国际习惯法规则,如王铁崖先生在《国际法》一书中指出:"……在一般国际法的内容中,还是国际习惯占较大的部分。"[1](P.13)"作为通例之证明而经接受为法律"的一般国际习惯,原则上是对所有国家都具有法律约束力的。但对于在一般国际习惯法规则之外,是否存在特殊国际习惯法规则(particular custom)的问题,从近年来的理论和国际司法实践看来,答案应该是肯定的。

詹宁斯、瓦茨修订的第九版《奥本海国际法》在论述国际习惯法时指出:"非一般性而限于少数国家(甚至限于两个国家)并为它们作为法律予以接受的实践,仍然可以构成一项习惯法规则,但属于特殊而不是一般适用的性质。"[2](P.18)在《习惯法的形成》一书中对国际习惯法进行过系统论述和分析的国际法学者德甘(V.D. Degan)也认为,特殊国际法的存在是一个较少争议的问题,早在1933年,法国国际法学者巴斯德望就在海牙国际法学院的演讲中举美洲的区域法为例,提出了"相对习惯"(relative custom)的概念。[3](P.486)而后来还先后有一些学者使用了地方习惯(local custom)、区域习惯(regional custom)、特殊习惯(particular custom)等术语。[4](P.243)但学者著述中使用较多的是特殊习惯法(particular custom)一词,如凯尔逊亦曾肯定特殊习惯法之存在,他在《国际法原理》一书中分析国际习惯法时指出:"特别国际法通常是条约所创造的;但它也可能是一个特别习惯所创造的,如果只有某些国家参加确立这一习惯的话。"[5](P.157)

国际法院也不止一次地在其判决中涉及了特殊国际习惯法规则问题。如在1950年的"庇护权案"中,国际法院判称:"哥伦比亚政府最终援引了'美洲国际法',除它所提及的来源于那些前面已经分析过的协定的规则之外,它还以一个据称是特别适用于拉丁美洲国家的区域习惯或地方习惯(regional or local custom)为依据……"[6](P.266)不难看出,如果要对特殊国际习惯法作一界定,基本上可以表述如下:限于少数国家(甚至两个国家)并为它们作为法律予以接受的实践所构成的一项在它们彼此间具有法律拘束力的习惯法规则。

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

以下结合与一般国际习惯法规则的比较，对特殊国际习惯法规则在成因、条件、效力范围、举证责任等方面特性作一些探讨。

一

根据《国际法院规约》第 38 条，国际习惯是“作为通例之证明而经接受为法律者。”基于这一规定和有关被普遍接受的通说，通常认为国际习惯的构成要素包括作为“物质要素”的“惯行”(a general practice)和作为“心理要素”的“法律确信”(opinio juris)，在这一方面，特殊国际习惯法规则也不例外，但作为特殊国际习惯法规则构成要素的“惯行”和“法律确信”又具有自身的特点。

1. 特殊国际习惯法的“物质要素”——“惯行”之分析

就一般国际习惯法规则而言，这种作为“物质要素”的“惯行”应当是某一领域多数国家反复重复的类似实践。如在北海大陆架案中，国际法院判称，确定一个(一般)国际习惯法规则所要求的有关国家实践，应当是“广泛而且在实质上是一致的”。[7](P. 42) 而对特殊国际习惯法规则来说，虽然“惯行”的存在仍然是一个特殊习惯规则存在的必备前提，但“惯行”的广泛性并不构成必要条件。数目有限的若干个国家，甚至两个国家的反复重复类似行为的实践，也可以构成特殊习惯法规则意义上的“惯行”。如在 1960 年的“印度领土通过权案”中，国际法院认为，由于葡萄牙证明了印度在长达 125 年的时间里一贯地容忍往来于葡萄牙的沿海领土达曼(Daman)与葡萄牙飞地之间的有关的私人、非军事官员和货物通过其领土，因而可以确认在葡萄牙和印度之间存在一个“地方习惯规则”(local custom)。国际法院判称：“很难看出，为什么基于长期实践而可能确立一个地方习惯的国家数目必须超过两个。本院不能看到任何理由可以主张两国之间已经双方接受为规定其关系的长期的、持续的实践不应构成双方相互之间权利和义务的基础。”[8](P. 6) 显然，在该案中，国际法院确认了即使在两个国家之间，也可能会形成特殊的国际习惯法规则。

特殊国际习惯法规则是否必须限于特定地理范围内的若干国家，抑或在更广泛的范围内也可以形成？对这一问题，门德尔森(Maurice H. Mendelson)主张，区域习惯和地方习惯都是一个更为宽泛的现象——特殊习惯的例子，一个地方习惯可以不仅仅象“葡萄牙在印度领土上的通过权”那样局限于两个国家之间，“地方”可以指与地球表面的某一特定地区相联系，但是可能是某一特定国家享有权利或承担义务，而所有其他国家相应地承担义务或享有权利。例如某一国家国内特定的水域如运河可能依习惯规则而对世界上所有其他国家的船舶开放。[9](P. 215-216) 对后者，笔者认为似乎不能赞同，因为如果所有其他国家相应地承担义务或享有权利，此种情况下权利与义务的范围已经超出地域或区域的限制，具有世界范围的广泛性，如仍界定为地方习惯规则，显然会引起概念上的混乱。当然，另一方面，不能认为只有某一特定区域的国家之间才可能存在特殊习惯规则。对此，门德尔森正确地指出，特殊习惯法既可能限于某一区域的国家之间，也可能存在于有着特定的共同意识形态的某些国家之间，或者是存在于就某一问题执行共同的政策的某些国家之间。[9](P. 216) 德甘也持同样的看法，他特别举出“美洲国际法”和“勃列日涅夫主义”对此加以说明。1968 年 5 个华沙成员国的军事力量对捷克斯洛伐克进行干涉之后，前苏联提出了“勃列日涅夫主义”，主张在社会主义国家的范围内，彼此应当提供“兄弟般的帮助”(brotherly assistance)，甚至在认为某一成员的社会主义制度遭受威胁时，可以使用武装干预。德甘认为，“勃列日涅夫主义”可以视为构成了当时华沙成员国之间的特殊习惯法规则。[4](P. 247-249)

2. 特殊国际习惯法的“心理要素”——“法律确信”之分析

就国际习惯法规则的另一构成要素——“心理要素”的“法律确信”(opinio juris)——而言，虽然特殊国际习惯法规则和一般国际习惯法规则的要求基本一致，但也仍然存在一些细微差别。从一般国际习惯法规则的形成来看，单纯的重复的类似行为只

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

能被视为惯例，而没有法律拘束力，只有在重复从事有关实践的有关国家事实上是基于认为该规则具有法律拘束力才遵守该规则的前提下——即只有在同时还具备“法律的确信”的情况下，该规则才属于一般国际习惯法规则，但就一般国际习惯法而言，这种“法律确信”并不要求是所有国家的都必须具备，只要参与该类实践的有代表性的绝大多数国家具备此种确信，即已足够。以《联合国海洋法公约》所确立的沿海国对其大陆架享有专属权利的制度为例，虽然还有一些国家尚没有参加《海洋法公约》，但由于该制度在世界范围内被大多数国家广为接受，许多国家依据公约的规定制定了相应的关于大陆架的国内法的行为无疑充分显示出它们对于这一制度的“法律确信”，从而使得《海洋法公约》所确立的这一制度同时也符合一般国际习惯法规则的构成要件。即使个别国家不存在这种“法律确信”，也并不影响该制度的一般国际习惯法规则的地位，沿海国没有必要把证明所有国家都存在着对该制度存在“法律确信”作为对自己大陆架享有专属权主张的基础。

与一般国际习惯法规则不同的是，就特殊国际习惯法规则而言，如果一国主张他国受某一特殊国际习惯法规则的约束，就必须举证证明，该他国对该特殊国际习惯法规则存在“法律确信”，否则该他国可以不受该特殊国际习惯法规则的约束。国际法院在1950年的“庇护权案”中对此作了充分的阐释，对于哥伦比亚所提出的，秘鲁应受到一项特殊习惯法规则——庇护国享有对避难者的犯罪性质单方面作出决定性确定的权利——的约束这一主张，国际法院判称：“援引这种性质的习惯（指哥伦比亚所主张的特殊习惯——笔者注）的当事国，必须证明该习惯规则已经这样确立，从而对对方当事国具有拘束力。即哥伦比亚政府必须证明，它所援引的规则符合有关国家所实践的持续的和一致的惯行，而且在这一惯行中，实施（使馆）庇护的国家是在行使权利，而使馆所在地国则是在履行义务……”[6] (P. 266)

二

1. 特殊国际习惯法规则与一般国际习惯法规则在效力范围方面存在的差异

就效力范围而言，特殊国际习惯法规则与一般国际习惯法规则也存在着差异。一般国际习惯法规则原则上是具有普遍拘束力的，即原则上对所有国家都具有拘束力。当然，在一项国际习惯法规则形成的过程中，还可能出现的一种情况是该规则遭到某一个或少数几个国家的明确反对。对此，奥本海指出，在一项习惯法潜在规则的形成阶段，一个国家的明示异议可能会阻止该规则的确立，至少不能对抗该持有异议的国家。[10] (P. 29) 卡罗·沃尔夫科（Karol Wolfke）亦认为，如果一个国家明确地拒绝接受一个形成过程中的国际习惯法规则，则依据通行的观点，该国原则上可以不受这一规则的拘束。[11] (P. 66) 这一规则在一般意义上被称为“一贯反对者学说”（the Doctrine of Persistent Objector）或“一贯反对规则”（the Persistent Objector Rule）。在1951年的“英挪渔业案”中，英国坚持认为“十英里海湾规则”对挪威有拘束力，国际法院判称，有关的各国实践并未能证明该规则已经形成为习惯法规则，而且，由于挪威“一直都在反对将该规则适用于其海岸的任何企图”，因而该规则不能适用于挪威。法院还指出，在一个习惯国际法规则形成的过程中，如果一个国家从开始就反对并且一贯反对该规则对它适用，那么虽然它不能妨碍该规则的成立，却不受该规则的拘束。[12] (P. 116－131) 一贯反对只能针对正在形成过程中的国际习惯法规则，在该习惯规则形成之后，某一国家的反对或背离则被视为对该规则的违反，即一贯反对规则不再适用。从“一贯反对规则”的严格要求来看，在一个习惯国际法规则形成的过程中，如果一个国家未作反对表示，或者既未反对也未赞成，则原则上该习惯国际法规则对该国是有拘束力的。

而特殊国际习惯法规则的效力范围则显然只局限于参与有关实践的特定国家，就如同前述国际法院在1950年“庇护权案”的判决中所指出的那样，哥伦

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

比亚政府如果认为秘鲁应受到一项特殊习惯法规则(即庇护国享有对避难者的犯罪性质单方面作出决定性确定的权利)的约束,它就必须证明,在这一惯行中,实施使馆庇护的国家是在行使权利,而秘鲁作为使馆所在地国则认为承认别国的此种庇护权是自己应履行的国际义务,换言之,必须证明秘鲁对这一规则存在着"法律确信",否则该规则就对秘鲁没有拘束力。对此,菲德罗斯也曾明确指出,特殊国际习惯法只是对曾参与这个习惯的那些国家有效。[13](P.118)

2 特殊国际习惯法规则的举证义务问题

在举证证明的义务方面,如前所述,如果一个国家声称其他国家违反了一项一般国际习惯法规则,它通常只要证明该一般国际习惯法规则已经存在就已足够,而不必去证明该特定的国家已经从事了使得该国受该一般国际习惯法规则拘束的行为。如凯尔森主张:"一个一般国际法规则由以创立的习惯,即一个对国际社会的所有国家均有拘束力的规则,并不一定必然是一切国家长期确立的惯行。有大多数国家,包括在其力量、文化等方面有相当重要性的国家在内的长久确立的惯性,即已足够。……认为国际法实质上是一切国家所承认的,是一种虚构。"童金也认为,一个国际习惯法规则所要求的"一般实践"(general practice)并不必然意味着是所有国家的实践。"[14](P.178)西马(Simma)亦指出,国际法院的裁判从来不问争端当事国是否已经接受了有关的一般习惯国际法规则,而只是审查该规则是否已经得到一般的接受。[15](P.99)

就特殊国际习惯法规则而言,主张某一国家受到特殊习惯法规则的约束,其举证证明的要求,似乎比一般习惯法规则更为严格。指责其他国家违反了特殊国际习惯法规则的国家一方面不仅也要证明该规则已经存在,另一方面还负有义务去证明该特定的国家已经从事了使得该国受该特殊国际习惯法规则拘束的行为。

我国著名学者李浩培先生也认为,特殊习惯国际法规则,由于其适用范围很狭窄,因此就要求主张该规则存在的国家证明该规则已经对方国家接受。[16](P.92)门德尔森亦明确指出,在'庇护权案'和'印度领土通过权案件'中,一个比较权威观点是,有必要证明一项特殊习惯法规则已经对某一特定国家产生了拘束力。[9](P.216-217)他认为,没有特定的依据这些习惯规则而受益或承担义务的国家的参与,或者有意的默认,很难想象这些双边特殊习惯或其他类型的"特殊习惯法规则"能够在实践中产生。[9](P.216-217)

在1950年的"庇护权案"中,国际法院认为,由于哥伦比亚所列举的证据不能证明它所主张的这样一个(区域性的)特殊习惯法规则(指域外庇护)业已确立,且即使假设这样的特殊习惯规则已然存在,由于秘鲁已经通过拒绝批准1933年和1939年的《蒙得维的亚政治庇护公约》表示了对该规则的反对态度,因此该规则也对秘鲁没有拘束力。

对特殊国际习惯法规则的举证责任这一问题,德甘也认为,尽管原则上不能排除在某一区域有形成区域习惯规则的可能,但是仅就某一国家属于某一区域这一事实而言,是不能作为该国受这类特殊习惯规则的拘束的决定性证据的。[4](P.249-250)奥本海也持同样的看法,他指出:"……特殊国际习惯法规则的存在是一件需要严格证明的事项。因此,很可能在这种情况下,有必要确定一个国家对被视为法律的实践是否明确同意,以便可以依据或者反对该项规则。这看来是国际法院在'庇护权案'和'在摩洛哥的美国国民权利案'判决的某些陈述中所表达的意见。"[10](P.30)

可见,依据有关理论和实践,可以认为特殊习惯法规则产生拘束力的前提,在于有关国家经由明示或默示同意而达成的意志的协议,这和国际条约对缔约国的拘束力基本上是一致的。如果认为在某一特定区域的若干国家之间形成了某特殊国际习惯法规则,则在确定该区域的某一个国家是否受该特殊国际习惯法规则拘束的问题上,还必须考察该特定国家的实践。只有证明该特定国家或以明确的方式,或以有意的默示方式接受该特殊国际习惯法规则,方能主张该规则对该特定国家的拘束力,而不能在该国未作任何明示或默示表示的情况下推定对该国具有拘束力。特殊习惯法规则对某一特定国家的拘束力的前提条件可以归纳如下:(1)证明该特殊国

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

际习惯法规则确实存在;(2)证明特定国家有参与该特殊国际习惯法规则的肯定性实践。即使满足了第(1)项条件,但如果不能够证明该特定国家对该特殊国际习惯法规则的接受,则通常认为,该特殊国际习惯法规则对该特定国家不具有拘束力。

[参考文献]

[1] 王铁崖. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1995.

[2] [英] 奥本海. 奥本海国际法[M]. 王铁崖,陈公绰,汤宗舜,周仁. 北京:中国大百科全书出版社,1995.

[3] J Basdevant Règles générales du droit de le paix[C]. R C A D I 1936, tome 58.

[4] See V. D. Degan Sources of International Law[C]. The Hague/ Boston/ London, 1997.

[5] [美] 凯尔逊. 国际法原理[M]. 北京:华夏出版社,1989.

[6] I C J. Rep(1950)[R].

[7] I C J. Rep(1969)[R].

[8] I C J. Rep(1960)[R].

[9] Maurice H. Mendelson The Formation of Customary International Law[M]. Hague Academy Recueil des Cours, (Vol 272), 1998.

[10] Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, 9th. Oppenheim's International Law[Z]. Longman Group UK Limited, 1992.

[11] Karol Wolfke. Custom in present International Law[Z]. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

[12] I C J Rep(1951)[R].

[13] [奥] 阿·菲德罗斯等. 国际法(上册)[M]. 李浩培. 北京:商务印书馆,1981.

[14] G I Tunkin Theory of International Law[M]. London George Allen & Unwin Ltd.

[15] 西马. 习惯国际法产生中的相互因素[A]. 李浩培. 国际法的概念和渊源[M]. 贵阳:贵州人民出版社,1994.

[16] 李浩培. 李浩培文选:国际公法、国际私法、其他法律问题[C]. 北京:法律出版社,2000.

(责任编辑 匡四)

·学术信息·

西安陆军学院马列教研室逯维娜在《文化安全及其问题》(载《理论导刊》2004年第5期)一文中认为,所谓文化安全是指一国针对异质文化对本国文化的渗透、入侵和控制,通过反渗透、反入侵、反控制来保护本国人们的价值观、行为方式和社会制度的完整性、独立性和延续性。它是针对在当前国际关系中,文化霸权损害其他国家尤其是发展中国家的文化主权的事实而提出来的,其目的在于对文化主权的保护。文化安全的核心是对国家文化主权的维护。经济全球化从一开始就不仅仅是纯粹的市场拓展过程,还是一场文化扩张运动。西方国家在操纵经济全球化的同时,也试图将自己的国家和民族的政治和文化推向全球,使其成为全人类的普遍价值。在全球文化前所未有的交流和融合中,经济处于弱势的国家往往只能被动接受经济强势国家文化的延伸,这种强势文化集中体现为文化霸权。因此,回应文化霸权的文化主权应运而生。文化主权指"现代民族国家将本民族文化的习惯、信仰和价值观念上升为国家意志,意味着对本民族文化所拥有的最高和独立的权利和权威"。文化安全是一个国家文化不受外来侵害的状态以及对这种状态的保持和维护。这种状态只有在文化主权不受损害的时候才能够获得,才能够体现一个国家的文化主权是独立的。

(钟新)

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net