条约规则成为一般习惯法

王 军 敏*

内容提要:条约和习惯是国际法的两个最主要渊源。条约规则成为一般习惯法必须具备的条件是:条约规则具有规则创立性;按照条约规则的旨趣形成的国家实践即常例;常例被接受为法即法律确信。条约规则成为一般习惯法不仅需要条约当事国按照条约规则的旨趣形成国家实践和法律确信,而且更需要非条约当事国按照条约规则的旨趣形成国家实践和法律确信。条约成为一般习惯法较习惯法的其他形成方式有显著的优点,但它对当事国及非当事国的影响是不同的。

关键词:条约　习惯法　国际法院

条约和习惯是国际法的两个主要渊源。在国际社会早期,习惯占主要地位,随着国际社会的发展,条约愈来愈成为最主要的渊源。与此同时,条约与习惯的关系也愈来愈密切:一方面,有不少条约是在编纂国际习惯的基础上缔结的,编纂性条约使习惯法更加明确、系统化;另一方面,条约规则能够成为一般习惯法。埃斯迪阿德教授认为,条约规则成为一般习惯法是国际法渊源相互关系"最微妙和最重要的方面"。[1]

实际上,条约规则成为一般习惯法一直为学者所承认。早在1917年罗斯博格就指出:"条约规则扩展成为一般习惯法的过程不仅是可能的,而且一直在发生着。"[2]维舍尔在1925年的海牙讲演中也持同样的观点。[3]1935年的哈佛条约法草案也明确承认这一过程。[4]司法机构只是最近才接触到这一问题,比较早的是1946年纽伦堡国际军事法庭所作的判决。该案的主要问题是1907年《海牙公约VI》的某些规则是否适用于本案,基于公约的普遍参加条款及二战中的几个交战国不是公约当事国的事实,法庭认为:"公约明确规定的陆战规则无疑表明是对公约通过时的国际法的发展,因为公约明确宣告它试图修改当时存在的一般战争法规则。然而,到1939年时公约规定的这些规则已为所有的文明国家承认,并且应视为是对《宪章》第6

---

* 中共中央党校政法部教师。

〔1〕 Cf. M. E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 1985, p. 189.

〔2〕 Rosenberger, *Third Parties and International Convention*, 1917, p. 73 - 75.

〔3〕 RC 6 (1925) 375.

〔4〕 American Journal of International Law 29 (1935) Suppl. III 932f.

条(b)款所提到的战争法的宣告。”[5]在北海大陆架案中,丹麦和荷兰提出:1958年《大陆架公约》第6条第2款规定的大陆架划界的等距离原则已经成为新的习惯法规则,并且拘束作为非公约当事国的联邦德国。国际法院针对这一主张指出:“毫无疑问,这种过程是完全可能的,并且事实上也时时发生;的确,它是新的习惯国际法可以形成的一些公认的方法之一。”[6]值得注意的是,《维也纳条约法公约》第38条就这一问题作出了明确规定:“第34条至第37条之规定不妨碍条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认习惯国际法规则。”

实际上,该条款得到国际社会和国际法委员会几乎一致的赞同,这表明条约规则成为一般习惯法是习惯法中久已确立的规则。应该说,自国际法委员会编纂条约法接触这一问题以来,尤其是北海大陆架案及《维也纳条约法公约》相继涉及这一问题以来,学者们对条约规则成为一般习惯法的研究增多了。然而,该条用语(不妨碍nothing……precludes)表明其无意说明习惯法是如何产生的,并且除了提到最初的条约规则外,没有提及这一过程的先决条件。因此,《维也纳条约法公约》第38条只是一个事实,说明这一过程是可能的,而没有详细地探讨这一问题。[7]既然如此,就只能根据习惯法的一般原理进行研究,本文拟围绕下述问题展开讨论。

一、条约规则成为一般习惯法的条件

如上所述,《维也纳条约法公约》除了承认条约规则成为一般习惯法的可能外,没有规定条约规则成为一般习惯法的条件。但国际法院在北海大陆架案中对条约规则成为一般习惯法的条件作了权威性表述:“该规则须无论如何潜在地具有基本上创立规则的性质,从而可以被认为构成一个一般法律原则的基础;……该条约已得到很广泛的和有代表的参加的事实可能被认为已足以发展出习惯法规则,但以这种参加包括利益受到特别影响的那些国家为条件;……就时间因素来说,虽然只是经过了一个短时间本身并非必然妨碍在原来纯粹是条约规则的基础上形成一个新的习惯国际法规则,然而不可缺少的要求是:在该期间内,国家实践,包括利益受到特别影响的那些国家的实践,须按照该规则的旨趣,并且既广泛又实质上一致,不仅如此,国家实践也须显示出是在一般承认为关涉一个法律规则或法律义务的情况下发生的。”[8]

学者们基本上赞同国际法院的观点,但有分歧。条约规则成为一般习惯法只是形成习惯法的方法之一,它同样必须满足《国际法院规约》第38条规定的条件,即常例的存在及接受为法律,这是没有疑问的。问题是它是否还必须具备另外两个条件:规则创立性(norm - creating)和普遍性条约。应该说普遍性条约并不是条约规则成为一般习惯法的必要条件。诚然,广泛的和有代表性参加的条约在适用过程中更容易形成常例,很有可能成为一般习惯法规则,但普遍性条约决非是条约规则成为一般习惯法的必要条件。实际上,双边条约和缔约方有限的多边条约所规定的规则也有可能成为一般习惯法。[9]但规则创立性应该是条约规则成为一般习惯法的要件,这一点除得到《维也纳条约法公约》和国际法院的承认外,还是由下述事实决定的。

---

〔5〕 Reproduced in American Journal of International Law 41 (1947) p. 248.

〔6〕 I. C. J Report 1969, p. 41.

〔7〕 前引〔1〕,Villiger书,p186.

〔8〕 I. C. J Report 1969, p. 41 - 43.

〔9〕 前引〔1〕,Villiger书, p. 196.

(一) 条约规则具有创立规则的性质

在北海大陆架案中,国际法院在确定《大陆架公约》第 6 条第 2 款是否已成为一般习惯法时指出"该规则须无论如何潜在地具有基本上创立规则的性质,从而可以被认为构成一个一般法律规则的基础。在抽象意义上,等距离原则似乎达到了此种要求。但是,在日内瓦公约第 6 条的特定结构安排中,并注意到了该条同公约其它条款的关系,这一点必定是有疑问的。"[10] 按照法院的阐述,条约规则具有创立规则的性质主要指条约规则所确立的权利义务关系具有可操作性及稳定性等特性,这不仅要看规则本身,而且还应联系上下文才能确立其是否具有规则创立性。

此外,还应包括两方面的含义:主体的一般性及客体的抽象性。[11]主体的一般性是指条约规则规范的是一般性的许多主体,而不是个性化的主体。习惯国际法常常是一般性的,因此,条约规则要能顺利地转化为习惯法也必须具有一般性。《维也纳条约法公约》第 38 条的准备材料也确认了这一含义。[12]个性化规则只涉及如邻国、具有某些共同经济或政治结构的国家、或者如《维也纳条约法公约》第 35 - 37 条所规定的对单个第三国的权利和义务。国际社会几乎不可能识别并且适用最初只与一个国家有关的个性化条约规则。客体的抽象性指条约规则规范的是许多抽象的情势,而不是只针对有关的具体情势。该含义排除了如具体国际组织的组织规则或关于岛屿、水道的契约性安排等具体规则成为一般习惯法的可能性。作为进一步的例子,国际法委员会提到了瑞士的中立。1815 年的《巴黎条约》规定了瑞士的中立,从那时起瑞士的中立国地位逐渐成为一般习惯法规则,尽管它规范的是一个具体情势。[13]

抽象性规则和具体规则的演变过程是不同的:抽象性条约规则适应国际社会需要时,它就能吸引必要的广泛的国家实践(包括非当事国的实践),从而成为一般习惯法;相反,具体规则确立的制度很少为第三国提供实践的机会,并且,该制度的存在主要依赖第三国的有条件的默示承认。[14]然而,考虑到在这方面很多国家很少有机会默示承认以及满足其成立条件所需要的时间,一个具体制度将会需要更长的时间才能成为一般习惯法。基于同样的理由,该制度的当事国如果意欲阻止该制度成为一般习惯法,它们通过比较简单的手段就能实现其目的,这与法律的稳定性是背道而驰的。可见,一般性和抽象性标准使理解条约规则成为一般习惯法的过程成为可能,并且有助于确认最终的习惯法规则。[15]

---

〔10〕"首先,在第 6 条的结构中,按照等距离方法划界是作为第二等义务而存在的,通过协议划界才是首要义务。这种首要义务就对被主张为潜在的一般法律规则构成了一种不寻常的前提。如果无意研究任何强制性法规问题,更无意对之作出任何论断,这一点是很好理解的:在实践中,根据特定的情况,或者在特定的当事国之间,可以通过协议而不遵守某些国际法规则;……其次,第 6 条中与等距离原则有关的特殊情况的概念所起的作用,以及对这一概念的确切含义和范围尚未解决的大量争议,必定会对等距离规则的潜在产生规则的性质提出进一步的疑问。最后,对第 6 条作出保留的权利虽然不能妨碍等距离原则最终被接受为一般国际法,但它肯定会给那种认为该种结果产生于公约的基础上的观点增加相当的困难。"见 ICJ Reports 1969, p. 42.

〔11〕前引〔1〕,Villiger 书, p. 190 - 191.

〔12〕*The Commentary to Article* 64 *of Waldock Report III*, Yearbook of International Law Commission 1964 I p. 64.

〔13〕国际法委员会进一步解释说,这些"客观制度"(指瑞士的中立国地位)根据第 38 条对整个国际社会有效,但该条的准备材料又建议:它们应与抽象性的条约规则有区别。实际上,瑞士的中立国地位是根据"客观制度"对整个国际社会有效的,而不是根据《维也纳条约法公约》第 38 条,中立国家应遵守的规则才是根据第 38 条形成的习惯法规则。见 *The Commentary to Article* 62 *of the* 1964 *ILC Draft*, Yearbook of International Law Commission 1964 II p. 184.

〔14〕*The Commentary to Article* 63 *of Waldock Report III*, Yearbook of International Law Commission 1964 II p. 26.

〔15〕Akehurst, British Yearbook of International Law, 47(1974 - 1975), p. 50.

(二)国家实践即常例的存在

国家实践即常例是条约规则成为一般习惯法的要件。就条约规则成为一般习惯法来说,哪些国家实践能够成为导致习惯法产生的常例呢?争论的焦点是条约本身以及围绕使条约生效的国家实践如签字、批准、加入是否是使条约规则成为一般习惯法的常例。一些学者提出多边条约本身能产生一般习惯法,甚至主张国际社会"已接受了宪法性规则,其效果是条约中可普遍适用的规则能产生相应的习惯法规则。"[16]这是根据国际法院在北海大陆架案中的判决得出的错误观点。[17] 事实上,法院在谈到条约规则成为一般习惯法的条件时,还要求存在一个"广泛的实质上一致的国家实践,一定时间的经过,并且实践还应表明对条约规则的普遍承认。"维也纳条约法会议上的辩论表明第38条的起草者排除了仅仅根据条约约文本身产生习惯法的可能。[18]正如会议主席所声明的,第38条说明的情势是"经过一段时间后类似条约接二连三的出现以及其它进展的发生,最初仅体现在条约中的规则可能成为一般习惯法规则。"[19]而且,从严格意义上说,条约只是某些行为的假定,决不是其所描述的国家实践,除其它外,条约在适用的情况下,可能是能导致习惯法产生的国家实践。同样,签字、批准、加入等国家实践不能包括在使条约规则成为一般习惯法的常例中,因为它们针对的是作为契约性的条约,而不是使条约规则成为一般习惯法的国家实践。[20]

国际法院在谈到条约规则成为一般习惯法的条件时还提到"国家实践,包括利益受到特别影响的那些国家实践,既广泛又实质上一致"。诚然,形成习惯法的国家实践应该具有起码的一致性,这也是国际法院在许多判决中多次强调的。然而,法院在渔业案中也指出:"不必过分强调挪威实践中的矛盾或不确定之处"[21]在对尼加拉瓜军事和准军事行动案中更明确了其观点,"法院并不认为,为确立习惯法规则,相应的实践必须绝对严格符合规则。……法院认为国家行为一般来说符合规则就足够了,并且,国家行为不符合规则的情况应该一般地视为违反规则,而不是承认新规则的表示。"[22]

因此,对国家实践一致性不应机械理解。至于国家实践的普遍性,绝不意味着必须有绝大多数国家的实际参与。国际法委员会1950年讨论习惯法的要件时,关于实践的普遍性问题,按照起草人哈德森的解释,"他不认为单个国家的实践足以形成习惯法"。[23]由此可以推论出"许多国家"只意味着一个以上,换句话说,少数国家的实践也可以形成习惯法。实际上,国际法院在庇护案及美国国民在摩洛哥权利案中承认区域性或特殊习惯国际法的存在。[24]条约规则成为一般习惯法当然不应要求国家实践必须具有绝对的普遍性。正如有些学者指出的,虽然在条约规则成为一般习惯法的过程中,所有国家的实践都是有关的,但条约当事国之间的实

---

〔16〕 A. D'Amato, *An Alternative to the Law of the Sea Convention*, American Journal of International Law, 77 p. 281.

〔17〕 法院的确提到"至于其它的常常被认为是条约规则成为一般习惯法的要件,或许是很广泛的和有代表性的参加这一事实本身就足以产生习惯国际法规则,但以这种参加包括利益受到特别影响的国家为条件。"这些学者倾向于脱离法院判决的上下文曲解法院的观点。

〔18〕 See UNCLOT I 197 - 201; UNCLOT II 63 - 72.

〔19〕 UNCLOT II 71.

〔20〕 前引〔1〕,Villiger书,para. 35 ff.

〔21〕 I. C.J Report 1951. p.14.

〔22〕 I. C.J Report 1986. p.98.

〔23〕 Yearbook of International Law Commission 1950, V.p.5.

〔24〕 I. C.J Report 1950. pp.276 - 277. I. C.J Report 1952. p.200.

践作用有限,因为它们"大概都是在实际上或潜在地适用条约"。[25]非当事国之间及其与当事国之间如果有按照条约规则的旨趣形成了国家实践,那么这些实践在确定条约规则是否已成为一般习惯法中将有巨大的价值。

(三)接受常例为法

国际法院在阐述了条约规则成为一般习惯法的其它要件后指出:"这种实践还应如此发生以致于表现出是对有关法律规则或义务的普遍承认。"[26] 由此可见接受常例为法在条约规则成为一般习惯法中的地位和作用。法院在尼加拉瓜案中也持同样的立场,明确指出"两个国家同意在条约中确立某一特定规则的情况下,它们的协议足以使该规则成为拘束它们的法律规则;但在习惯国际法领域,仅有当事国对它们视为规则的共同同意是不够的,法院必须查明各国对该规则存在的法律确信是由实践所证实的。"[27]同样的立场也反映在《维也纳条约法公约》第 38 条中,它规定欲使其对第三国有拘束力,条约中所规定的规则应该被"承认"为习惯国际法规则。对有关准备材料的考查表明,"承认"这一术语是根据叙利亚的提议而包括在第 38 条中的,该修正案意在"明确宣称欲使条约规则对第三国有拘束力,该国必须承认它是习惯国际法规则。"[28]然而,接受常例为法只有在很少的情况下是一国或一些国家以明确声明的形式表示的,对一个典型的习惯法规则来说,接受常例为法是根据个案的各种情况,尤其是根据接受国的态度、即行为推定其是否接受常例为法。[29]沃尔德克认为,"个案中的实质问题是国家实践的一致性、持续时间和普遍性,并权衡促成其产生的政治、经济及社会因素,但最终的标准一定总是:实践接受为法了吗?"[30]因此,查找、评价能证明接受常例为法的各种情况、行为就显得至关重要。就条约规则成为一般习惯法来说,就是根据当事国及非当事国是否有按照条约规则的要求形成了广泛的实质上一致的国家实践即常例,考虑到促使国家实践产生的各种情况,从而确定其是否已被接受为法律。

二、条约规则成为一般习惯法的过程

与国内社会相比,国际社会的"立法"机制很不健全,因此,弄清楚条约规则成为一般习惯法的过程对确定条约规则是否已成为一般习惯法至关重要。

《国际法院规约》第 38 条只是规定了形成习惯法必须满足的条件,没有说明这些条件如何以及何时才算具备。[31]一些学者曾试图描述习惯国际法的形成过程。过去,它们倾向于将它与国内法中习惯的形成过程进行类比。最著名的是克波特将习惯国际法的形成过程比喻成路的形成过程,[32]何纳德将它比喻成滚雪球。[33]佛舍尔指出,国际习惯象其它习惯一样,是根据

[25] I. C.J Report 1969. p.43.

[26] 同上。

[27] I. C.J Report 1986. p.98.

[28] Statement of the representative of Syria, UNCLOT III p.155.

[29] Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993. p.203.

[30] Waldock, *General Course of International Law*, Recueil de Cours de l'Academie de droit international de la Haye. v.86, 1982, pp. 48 - 49.

[31] T. Gihl, *The Legal Character and Sources of International Law*, Stockholm 1957, p.82.

[32] Pitt Cobbet, *Cases on International Law*, 4th ed., London 1922, V. I, p.5.

[33] G. Renard, *La valeur de la loi*, Paris 1928 p.63.

在类似情势下的重复行为产生的,能满足社会需要的这些行为表明它将来没有理由不被遵循。[34]近来,对国际习惯形成过程的描述更大程度上注意到了国际社会的特殊性。总的说来,麦克杜格尔教授对习惯国际法形成过程的描述更有说服力。他在谈到习惯海洋法的形成时指出,不能将习惯海洋法看成是一套静止的规则,而应将它看成是互相提出权利主张及其它国家对这种权利主张采取一种态度的连续过程。国家通过其机构提出单方面权利主张(通过行为),其它国家根据国际社会利益(常常是根据自己的利益)评估这些主张,最终接受或拒绝它们。[35]在马克济博看来,该过程适用于所有习惯国际法,并且有助于理解默示同意在习惯法形成过程中的作用。[36]

麦氏所描述的习惯国际法的形成过程,尽管肯定不是唯一的可能方式,但看来是最典型的,符合当今国际社会现实。[37]条约规则成为一般习惯法只是形成习惯法的方式之一,它应该符合习惯国际法的一般原理。因此,可以将条约规则成为一般习惯法的形成过程概述为:条约当事国通过条约的适用或其它国家实践提出单方面权利主张,非当事国根据国际社会的利益,主要是根据自己的利益评价条约规则,通过国家实践接受其为法,从而使条约规则成为一般习惯法规则。正如法院所描述的"该规则虽然在起源上是条约性的或契约性的,却在此后成为国际法的组成部分,且通过法律确信被接受为一般国际法,从而拘束从未成为条约当事国的那些国家。"[38]但是,作为契约性的条约规则又是如何通过当事国及非当事国的国家实践和法律确信成为一般习惯法规则呢?

(一)就当事国来说,条约规则如何成为一般习惯法

当事国之间的国家实践有助于习惯法规则的产生,但它们之间的国家实践作为接受为一般习惯法的作用有限。毫无疑问,当事国更易于按照条约规则的旨趣形成实践,因为"它们大概都是实际地或潜在地适用条约,"这既是当事国的法律义务又是它们签订条约所追求的目的。国际法院在谈到当事国的实践时指出:"从它们的行为中不能合理地得出任何结论,以证明存在着习惯国际法规则。"[39]然而,这一多少有点武断的结论至少应该在下述情况下予以纠正:由于条约规则成为一般习惯法后也将拘束第三国与当事国之间的关系,显然,这不仅要求有非当事国的实践和法律确信,而且要求有当事国的实践和法律确信。因此,如果当事国在其与非当事国的关系上遵守条约规则,这种实践就可以视为当事国承认条约规则为习惯法的法律确信的表示。[40]

其次,条约规则成为一般习惯法后不仅拘束其与第三国之间的关系,而且也拘束当事国之间的关系,这显然也要求有当事国的实践和法律确信。国际法院在尼加拉瓜案中针对这一情况指出,虽然存在着条约义务,条约当事国仍可以明确"承认条约规则是作为习惯国际法有拘束力的"。[41]在这方面,起草条约的机构或条约的意图有助于确定当事国的法律确信。但应该

[34] P. Fauchille, *Traite de droit international* public, 8th ed., v. I, pp. I, 42.

[35] Myres S. McDougal, *The Hydrogen Bomb Tests and International Law of the Sea*, American Journal of International Law, v. 49, 1955, pp. 357 - 358.

[36] I. C. MacGibbon, *Customary International Law and Acquiescence*, British Yearbook of International Law 1957, p. 115.

[37] Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993, p. 57.

[38] I. C. J Report 1969. p. 41.

[39] 同上。p. 42.

[40] G. M. Danilenko, *Law - Making in the International Community*, 1993, p. 160.

[41] I. C. J Report 1986, p. 98.

指出的是,这种意图本身并不是当事国承认条约规则成为一般习惯法的法律确信,它只表明当事国不愿将条约规则仅视为条约义务,而是有意使之成为不仅仅拘束当事国的习惯法规则。因此,如果当事国在条约规则实际适用的情况下,尤其是在与非当事国的关系上也适用条约规则的情况下,这种意图就是表明当事国承认条约规则为习惯法规则的最有说服力的证据。反过来说,尽管条约约文或起草机构的意图不能阻止条约规则成为一般习惯法,但其意图和态度在确定条约规则成为一般习惯法方面也是不容忽视的因素。它能影响条约规则成为一般习惯法及其适用范围。例如,当事国如果拒绝将条约规则作为习惯法适用于与非当事国的关系或者明确排除条约规则成为一般习惯法的可能,那么,当事国就能通过阻止普遍性国家实践,一贯反对其成为一般习惯国际法,或者至少阻止其适用于自己。[42]

诚然,在解释条约法时应遵循"从轻解释"原则,即如果没有特别表示,则仅限于根据维护主权的原则进行解释。[43]这或许使人怀疑条约规则能否成为一般习惯法。对此有两点解释:国家是主权的,国家可以在符合国际法的条件下自愿限制主权。那么,国家既然自愿通过条约限制主权,也不排除国家通过习惯法限制主权的可能。其次,应该从国际社会的利益来看待这一问题,条约规则成为一般习惯法,扩大了其适用范围,"有利于国际社会的共同生存和福利,这对于避免严重冲突是必要的,或者对于将来的法律关系也是完全必要的,甚至是不可避免的,否则,共同生存在事实上既不可能,在法律上也是通不过的。"[44] 例如禁止买卖奴隶最初是条约规则,可以说是通过条约限制了国家主权,由于禁止贩卖奴隶以保护人权的要求如此强烈,致使今天其已成为一般习惯法规则。因此,在评价条约当事国的实践或意图作为表明当事国的法律确信时,必须考虑到国际社会利益,只有在条约规则的一般适用与国际社会的强烈的生存利益有关,或这种利益在一定情况下同维护国家主权并不对立时,才能作出当事国具有法律确信的结论。

此外,能否从具有类似内容的大量双边条约这一事实推论一般习惯法规则的存在?事实上,类似条约规则本身不能证明各条约当事国承认了一般习惯法规则,相反,只遵循双边条约的形式反而反对这样的推论。[45]因为缔结条约的事实恰恰证明了有关的一般法律原则的不完备,而只有通过缔结条约才能对条约中所涉及的标的物具有拘束力,而且只能对缔约国有效。[46]只有根据各种情况能得出非常肯定的推定即有关国家接受这种双边条约实践为一般习惯法规则时,才能说存在习惯法规则。[47]

(二)对非当事国来说,条约规则如何成为一般习惯法

首先,按照一般国际法,非当事国对当事国之间的条约负有尊重和不妨碍其实施的义务,条件是该条约合法缔结,不违反国际强行法,既不损害第三国的权利,也不对第三国加以义务。"不反对越来越倾向于证明国家不认为新的国家实践违背其利益,并且不反对其成为一般习惯

---

[42] 转引自前引[1],Villiger 书,p.196.

[43] 在关于土耳其与伊拉克边界案的咨询意见中,国际常设法院指出:"如果一个条约规定的词句不清楚,在几种可能的解释中,应选择使缔约国承担义务最轻的一个。"

[44] 卡尔·杜林:《条约产生的习惯法》,载《当代联邦德国国际法律论文集》,论文集编辑委员会译,北京航空航天大学出版社 1992 年版,第 67 页。

[45] Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993. p.71.

[46] 例如,大量的双边条约中规定了最惠国条款,但它仍然是契约性安排,而不是习惯法规则,除非有条约关系,第三国是不能要求最惠国待遇的。参见 G.Dahm, *International Law* 1958, V. I, p.21.

[47] Lotus Case, PCIJ Series, A, 10.

法。”[48]这就为按照条约规则的旨趣形成国家实践及习惯法提供了良好的外部环境。其次,非当事国很有可能按照条约规则的旨趣形成国家实践及法律确信。理由有二:其一,当事国按照条约规则确立的法律秩序对非当事国有一定的影响力、甚至诱惑力;其二,非当事国可能会因为条约规则的说服力而不是契约性或习惯法义务而在实践中适应规则的要求。[49]

这种说服力可能来源于成文法(jus scriptum)的明确、清晰及便利性,也可能来源于规则形成方式的权威性,如在公约的情况下来自形成规则的政治和科学权威。成文规则的权威性在面临法律真空或不确定的情况下更进一步得到增强。[50]而且,规则越能在实践中显示其价值,越来越多的国家就会被引诱适用该规则。然而,当各国间有相互交叉的对立利益时就会降低这种说服力。应该指出的是,规则的说服力只是国家实践的“刺激物”,它是否能够成为一般习惯法只能看它是否具备形成习惯法的所有要件。再次,对非当事国来说,条约规则是否成为一般习惯法最终“只是查明直到那时有机会适用这个规范的那些国家是不是实行了它,”[51]即非当事国是否按照条约规则的旨趣形成了国家实践。然而,即使有这样的国家实践,也不能当然推论出它已接受条约规则为习惯法。国际法院在北海大陆架案中指出:“即使非公约当事国行为的例证在数量上比实际为多,它们本身(甚至累积起来)也不足于构成法律确信。因为,要取得这一结果,必须满足两个条件:有关行为不仅必须是固定的实践,而且还必须能够成为一种信念的证据。这种信念是:由于一项法律规则的存在,这种实践是义务性的。法律确信这一概念所暗含的正是需要有这种信念,即主观要素的存在。有关国家必须因此感到,它们所实行的是一种法律义务。行为的次数,甚至其习惯性质本身是不够的。有许多国家行为,例如礼仪和礼节领域里的一些行为,是固定不变的,但它们仅仅被认为是礼貌、习俗或传统,而不被认为是法律义务。”[52]

因此,必须结合所有促成国家实践的相关情况如政治、经济、社会及技术等因素,才能准确查明国家是否是出于法律确信。在北海大陆架案中,国际法院注意到非当事国有适用等距离原则划界的国家实践,但是,很明显,它们不是在适用公约,而是由于等距离原则所具有的优点才适用的。“法律上,如果说存在这样一项原则,它必须从其它因素而不是从这些优点中获得其法律拘束力,尽管这些优点可能是重要的。”[53]事实上,政治、经济、社会、技术或心理现象如期望、惧怕等促成习惯法或伴随其形成过程,然而,它们不是形成习惯法的要件,也不是习惯法存在的证明。但这也不意味着它们与法律无关,相反,领悟这些非法律因素有助于更好地把握这一复杂的、甚至神秘的造法过程。

(三)条约规则何时成为一般习惯法

条约规则成为一般习惯法不是突然完成的,它取决于国家实践和法律确信何时具备,而不取决于条约预先确定的某个阶段。达码多教授认为,条约批准时间就是条约规则成为一般习惯法的时间,这显然是没有道理的。习惯法具有的流动和充满活力的特性使抽象地确定在何

---

[48] Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, 1993. p.62.

[49] Cf. O'Connell, *International Law I*, p.23. (moral persuasiveness); the comment at the 1969 Vienna Conference of the Italian delegation(Barile).

[50] Cf. O'connell, *International Law* I, p.24.

[51] [奥]阿·菲德罗斯等:《国际法》上册,李浩培译,商务印书馆1981年版,第176页。

[52] I.C.J Report 1969, p.42.

[53] 同上,第22、23段。

时国家实践和法律确信产生习惯法变得非常困难。而且,确定习惯法的"生日"实际上是无用的,对司法实践也没有任何意义。[54]人们只能并且只需查明在确定的时间内习惯法规则是否存在即可,而没有必要也不可能预先规定习惯法的形成时间。

三、评 价

条约规则成为一般习惯法较习惯法的其它形成方式有显著的优点,是完善国际"立法"机制的有益探索,能扩大条约规则的适用范围,对确立国际法律秩序有一定意义,但它对当事国及非当事国的影响是不同的。

(一)条约规则成为一般习惯法的两个优点

首先,它是根据条约形成的。条约尤其是编纂性条约"可以作为面临相关新的法律问题的国家实践的权威性导向,其规则因此成为一套新的得到普遍承认的规则所围绕的中心。"[55]经过专家学者、各国政府或国际组织制定的条约规则具有结构合理、明确清晰、准确等特点。条约规则成为一般习惯法后会保留这些特点,从而避免了习惯法含糊不清的弊端。为了形成习惯法,各国只需在实践中援引、适用条约规则并伴有法律确信就够了。相反,在没有条约规则的情况下,首先必须根据国家实践推定习惯法的内容,国家实践的不一致,更是阻碍习惯法规则的形成,而条约规则成为一般习惯法这种方式在这方面显然具有优越性。

其次,它是形成习惯法的便利方式。过去,习惯法的形成需要几十年甚至上百年的时间(如公海自由原则)。二战后,随着国际社会的进步及各国往来的频繁,习惯法有加速形成的趋势。其中,条约规则成为一般习惯法更是形成习惯法的便利方式之一。如上所述,它避免了根据国家实践推定习惯法规则内容这一程序,而且它具有某种程度的公开性,对国际社会有一定的影响力,按照条约规则的旨趣更容易形成国家实践,从而导致习惯法规则的产生。但是,由于条约规则成为一般习惯法必须满足形成习惯法的要件,所以,不能认为条约规则成为一般习惯法是形成习惯法的"捷径"。

(二)国际法是由主权国家在相互交往中以条约或习惯的方式创立的

有的学者认为条约规则成为一般习惯法最接近国际法所能提供的真正立法(true legislation)。立法机构是制定条约规则的国家或受委托的机构、后来通过国家实践适用条约规则从而有助于形成习惯法的国家组成的(包括当事国及非当事国)。[56] 可以看出,它并不损害国家主权,也是目前各国所能接受的。这种方式有四方面的优势:成文法的优势、能够迅速地立法、能将这些优势转移到习惯法、扩大条约规则的适用范围,对国际社会有拘束力和规范性影响,也因此能够建立真正普遍的国际法律秩序。[57]然而,条约规则成为一般习惯法也产生新的问题。一般地说,法院承认习惯法的这种形成方式,但实际上可能谨慎地拒绝将条约规则适用于非当事国。尤其是条约规则成为一般习惯法对理论界来说仍是一个比较新的问题,而且,条约规则成为一般习惯法的主张可能复活习惯法的自然法性质及国际立法机构等问题的争论。同

---

[54] Cf. The Comment of the Czech Delegation at the 1968 Vienna Conference, OR 1968 p. 199.

[55] I. C. J Report 1969 p. 244.

[56] The Dissent Opinion of Judge Tanaka in the South West Africa Cases (phrase 2), ICJ Report 1966 p. 294. 提到条约规则成文习惯法是从形成习惯法的传统方式向根据条约进行国际立法方式的转变。

[57] 前引[1],Villiger 书, p. 197.

时,主张条约规则成为一般习惯法可能导致当事国更不愿意将争端提交国际司法机构裁决。玛宁教授提醒人们注意这样的悖论:法院实际上更容易被促使适用条约规则形成的习惯法,却不容易查明由此形成的习惯法规则。[58]

(三)条约规则成为一般习惯法对当事国及非当事国有不同的影响

条约规则成为一般习惯法后,在条约有效期内,当事国受条约规则和习惯法规则的双重约束;条约终止后,它仍受已成为一般习惯法的条约规则的拘束。[59]值得注意的是,非当事国在条约规则成为一般习惯法的过程中处于不利地位。条约作为一个整体能提供一个同质的规则体系,但其中的一些规则适用于非当事国时,却不能提供条约中其它的可能构成国际法逐渐发展的较为有利的规则的保护,这对非当事国来说显然是不利的。而且,非当事国没有援引与条约有关的具体规则的可能,它们被剥夺了对条约的解释、争端解决、损害赔偿等项权利,它们不能对条约作出保留或反对其它国家的保留,在谈判修正条约达成协议的过程中几乎施加不了影响。最不利的是,即使非当事国一贯反对条约规则形成习惯法,但在面临一个具有准普遍性条约的情况下,欲保持其立场也会遇到日益增加的困难。

Abstract: Treaty and castoms are the principal resources of the international law. It must fulfill the following conditions before a treaty rule becomes a general castoms law: the rule is creative; state practices have been formed according to the rule; the practices have been accepted as law. The way in which a treaty becomes a general castoms law has its advantages in comparison with other forms of castoms law. However, its influence on the states concerned and not concerned is different.

[58] 前引[57]。

[59] 《维也纳条约法公约》第43条规定:"条约因本公约或该条约规定适用结果而失效、终止或废止,由当事国退出或停止实行之情形,绝不损害任何国家依国际法而毋须基于条约所负实行该条约所载任何义务之责任。"