

CSSCI来源集刊

谢 晖
陈金钊
主编

民间法

(第八卷)

山东人民出版社

CSSCI来源集刊

民间法

(第八卷)

谢晖 陈金钊 主编

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第八卷/谢晖, 陈金钊主编. — 济南: 山东人民出版社, 2009. 1
ISBN 978-7-209-04676-3

I. 民… II. ①谢…②陈… III. 习惯法—研究—中国—文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 201403 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

民间法(第八卷)

谢 晖 陈金钊 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 16 开(180mm×255mm)

印 张 25.75

字 数 570 千字 插 页 2

版 次 2009 年 1 月第 1 版

印 次 2009 年 1 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04676-3

定 价 52.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0532)88194567

《民间法》编委会

(按中文姓氏笔画排序)

寺田浩明 (日本京都大学教授)

何意志 (德国科隆大学教授)

陈金钊 (中国山东大学教授)

铃木贤 (日本北海道大学教授)

崔钟库 (韩国汉城大学教授)

谢晖 (中国山东大学教授)

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦藉民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以还即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执著于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克思·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非惟国家法一端之功劳。国家仅藉以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有如何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、特别20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民法)之一重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛

典巨录,亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法藉国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面;但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤诤之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦且表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,鄙人经与合作既久之山东人民出版社洽商,决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不惟遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

天水学士 谢晖

序于公元2002年1月10日

目 录

《民间法》年刊总序 谢 晖(1)

学理探讨

习惯法形成中的法律确信要素
——以习惯国际法为例 姜世波(1)

习惯生成问题新论 张 镭(19)

关于宪法惯例若干问题的思考 王德志 梁亚男(33)

中国民间社会纠纷解决权的法源考察
——以明清两代为例 陈会林 范忠信(42)

多元纠纷解决视野中的民间法 厉尽国(58)

民间规范何以进入司法判决
——基于“婚礼撞丧”案的分析 姜福东 刘吉涛(68)

论民间法的能与不能 张伟强(78)

民间社会与法律秩序 王 斐(86)

社会调研

宗教作为社会控制与村落秩序及法律运作的关联
——云南省西双版纳曼村的个案 王启梁(94)

集体林权制度改革背景下林权纠纷及其解决途径
——对黔东南东部八个林业县的调查 徐晓光 李向玉(113)

畲族家族法与国家制定法的并存与互通 雷伟红(124)

论民族习惯法对乡村社会的治理
——以湘鄂西民族地区为例 冉瑞燕(132)

纠纷解决与国家权力构成
——豫南宋庄村调查 陈柏峰(139)

信访运作中的策略化取向检讨
——以临潼区的个案为分析对象 赵树坤(161)



民间法对警察执法的影响

- 以山陕会馆为例 卢建军(169)

经验解释

作为民间生活常识与伦理规则的中国传统法律

- 中国乡村社会民众法律知识形成之考察 龚汝雷(180)

义庄条规与传统社会和谐

- 李交发 刘泽友(194)

明清基层组织、民间权威与商业纠纷 黄东海(204)

清末民初汉口码头纠纷解决过程中的参与力量

- 以宝庆码头为例 易江波(213)

村董与乡村权力的演变

- 英租威海卫时期村董制的重构 张志超(229)

由“官契”到“私约”

- 对农村不动产买卖习惯变迁的一个实证考察 王林敏(238)

“逍遥法外”的秩序：民国时期土匪治下的乡土社会

- 以羌州古镇青木川为例 陆 贇(253)

制度分析

有关《物权法》所规定之“村规民约”的思考

- 以徽州社会调查为基础的研究 王 旭(264)

民事审判视野下的民俗习惯及其运用 滕 威(277)

侗族习惯法中的罚则研究 吴大华(287)

藏族赔命价习惯法对我国刑事司法的挑战及其可能贡献

- 南杰·隆英强(302)

习惯在我国司法中制度命运的制度分析

- 一种纯理论的探讨 张洪涛(325)

中国法律制度的实践逻辑

- 以江西某村信访为例 李瑜青 张善根(340)

商会制度的法理基础

- 基于民间法—国家法范式的分析 谈 箫(350)

明清行会规则研究

——以山陕会馆为例 修莹莹(360)

域外视窗

作为社会控制的犯罪 [美]唐纳德·布莱克著 徐昕 田璐译(376)

文献资料

议榔词 唐德海 唱诵 唐千武 唐千文 释译(394)



Contents

Preface Xie Hui(1)

THEORY STUDY

The Factor of Confirmation in the Formation of Customary Law Jiang Shibo(1)
New Discussion on the Generation of Custom Zhang Lei(19)
On Conventions of Constitution Wang Dezhi Liang Yanan(33)
An Investigation on Legal Source of the Power of Dispute Resolution
in Folk Society of China Chen Huilin Fan Zhongxin(42)
Folk Laws in the View of Multi - Dispute Resolution Li Jinguo(58)
How Folk Norms Enter Judicial Judgment Jiang Fudong Liu Jitao(68)
On the Probability or Improbability of Folk Law Zhang Weiqiang(78)
Folk Society and Legal Order Wang Fei(86)

SOCIAL INVESTIGATION

Connections Among Religion as a Social Control, Order of Rural Society and
Legal Operation Wang Qiliang(94)
Disputes of Forest Right and Its Solving Ways under the Background of
Collective Forest Right System Reform Xu Xiaoguang Li Xiangyu(113)
On the Coexistence and Interaction between Family Law of She Nationality
and Nation - established Law Lei Weihong(124)
On Countryside Governance by National customary law Ran Ruiyan(132)
Dispute Resolution and the Composition of State Power Chen Baifeng(139)
A Study of the Strategy Tendency in the Operation of Letter Visits Zhao Shukun(161)
Impacts of Folk Law to Police Law Enforcement Lu Jianjun(169)

EXPERIENCE EXPLATION

Chinese Traditional Legal System as Ethical Rule and Life Rule Gong Rufu(180)
Free Estate and the Harmony of Traditional Society LiJiaofa Liu Zeyou(194)
Grass - roots Organizations, Folk Authorities and Commercial Disputes in



Ming and Qing Dynasties Huang Donghai(204)
Participants of Dispute resolving in Hankou Port of Later Qing Dynasty ... Yi Jiangbo(213)
Squires and the Evolution of the Rural Power
—Reconstruction of the Squire System During the British Lease of Weihai
..... Zhang Zhichao(229)
From Official Certificate to Personal Contract
—A Positive Study of the Changes of Customs in Rural Real - estate Marketing
..... Wang Linmin(238)
An Order “Free of Law”; Rural Society under the Control of Banditti in the
Republic of China Lu Xi(253)

INSTITUTE ANALYSIS

On the Provisions of Village Regulations in China Real Right Law Wang Xu(264)
Folk Customs and Its Application in the Civil Adjudication of China Teng Wei(277)
A study on Penalty Provisions in Customary Law of Don Nationality Wu Dahua(287)
The Challenge of “Cost of Life” Tibetan Customary Law to Criminal
Justice and Its Potential Contribution Nanjie · Longyingqiang(302)
An Systematic Analysis of the Fate of Custom in Judicial Practices of China
..... Zhang Hongtao(325)
The Practical Logic of Chinese Legal System Li Yuqing Zhang Shangen(340)
Jurisprudential Foundations of Chamber of Commerce System Tan Xiao(350)
A Study on Rules of Commerce Guide in Ming and Qing Dynasties Xiu Yingying(360)

OVERSEAS REVIEW

Crime as Social Control Donald Black Donald Black(376)

LITERATURE AND MATERIAL

Yi Lang Ci Tang Dehai(394)

习惯法形成中的法律确信要素*

——以习惯国际法为例

姜世波**

自1945年,《国际法院规约》第38条将国际习惯纳入国际法渊源的名单,规定“国际习惯,作为接受为法律的通例的证据”之后,国际法学界对于习惯国际法形成的要件问题就没有停止过争论,但传统观点还是认为它由两个要件构成:国家实践(物质因素)和法律确信(心理要素)。但是,对于什么是法律确信,它在习惯国际法规范创立过程中的作用和重要性是什么;当法律确信存在时,产生的规范会强加怎样的负担或义务;法律确信如何加以证明等问题,则见仁见智。本文的目的旨在展示这些争论,并加以评述,以对我国习惯法理论研究提供启示。

一、法律确信作为习惯法要素的由来

(一)国内法体系中关于心理因素在形成习惯规则中的作用首先得到承认

心理因素在形成习惯规则中的必要性可以追溯到16世纪布莱克斯通所阐明的公式。威廉·布莱克斯通对习惯的讨论在英美法中已被法院和学者公认,并成为国内法律制度中习惯概念的根本前提。^[1] 布莱克斯通区分了“习惯”(Custom)和“良善”(good)或“法律上的”(legal)习惯。对布莱克斯通来说,“习惯”仅仅是因社会便宜或者礼貌而实行的重复的惯行、习性或者做法。相反,良善的或者法律上的习惯需要坚守某一特定做法是强制性的或者是法律规则所要求的这样的感觉。为了使特定习惯是良善的(good)或者建立起习惯的法律性(legality of custom),布氏识别出七个必要的因素。它们是:(1)已经适用了如此之久,以至于人们的记忆中已不再有相反的东西;(2)无中断地持续着;(3)被和平地默许了;(4)是合理的;(5)其条件是确定的;(6)公认是强制性的;(7)同其他习惯相

* 本文是作者所承担的山东省社会科学规划基金课题“国际习惯法的确定:从理论到方法”的阶段性研究成果之一,项目批准号:07CFXJ07。

** 姜世波,山东大学威海分校法学院副教授,博士研究生,主要研究方向为国际法与法理学。

[1] W. BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND 45 (T. Cooley 3d ed. rev. 1884):“一个习惯被定义为这样一个惯例,它通过人们的共同合意和统一的做法而具有法律地位,或者成为与法律相关的问题。”见《波尔法律词典》(Bour. Law. Dic.)“‘习惯’是一种非书面的,经过长期的惯行并由我们的祖先所同意而形成东西”。见《雅各布法律词典》“习惯”词条。



一致。^[2] 其中的第六个因素,“公认具有强制性”这一要件实际上在性质和功能上已经具有今天我们所称的法律确信的意义,可以说是法律确信的“姊妹”概念。

(二) 法律确信要素在习惯国际法中的确立

就习惯国际法的确信要件来说,在19世纪早期以前,可以说国际习惯法的形成(包括其要素和动力)没有人表述过。1840年,普赫塔和萨维尼在胡果(Hugo)、毛瑟(Moser)和奥斯丁(Austin)^[3]等人的基础上根据他们对实在法根本基础的理解,提出实在法的基础奠基于民族的精神。在他们看来,习惯只不过是流行的共有情感的直接地、自发地外显而已。^[4] 他们的工作对国际法的重要性并不在于他们的结论,而在于强调相关的认知或者心理方面。而在此之前,关于国际习惯形成的理论都是只强调物质惯例或惯行的,而且,他们还将心理要素在逻辑上进一步延伸,甚至提出习惯的形成可以单独根据心理因素来创立。他们主张“如果‘法律’是对流行意识或愿望的表述的话,那么习惯的公开或外在方面的相关性和重要性就可以克减。只要我们能发现流行的情感,还需要某些公开的行为或‘惯例’吗?”^[5]

1899年,弗兰克斯·惹尼(Francois Gény)在他的《实存私法的解释方法与法源》一书中通过阐述习惯的概念回答了这一问题,提出了他的综合性观点:把心理因素与物质因素,或者说外在习惯因素协调起来,从而提出了两个独立的习惯要素说:一是惯行(重复的实践)(usage),二是必要法律确信(opinio juris seu necessitatis)。后者意味着“从事这一实践的人是在行使主观权利”。惯行是习惯的“物质的而且是可见的因素”,法律确信是“非物质的和心理的因素”;他承认不同的惯行是由不同的理由来驱动的,惹尼认为法律确信因素单独就可以起到区分法律惯行(习惯)与社会惯行的功能。^[6]

(三) 习惯国际法构成要素理论的形成

心理要素在习惯国际法形成中的确立比国内法晚了二百多年,究其原因,最大的可能是因为当时国际法尚处于幼年时期。^[7]

虽然惹尼关于习惯形成的二分标准是为国内法律体系提供的,但他关于习惯的两个因素的辨识可以直接进入对国际法的思考,但大部分学者忘记或者忽略了这种分类理由,即法律确信仅对区分法律惯行(习惯)和社会惯行是必要的。忽略惹尼的分类作用的后果是,许多重要的国际公法学者划分成了两大阵营:一大阵营主张习惯法的物质因素,即惯例(usage)是形成习惯规则的唯一真正的因素,另一大阵营强调心理因素是决定性因

[2] 1W. BLACKSTONE, COMMENTARIES * 75 ~ 79.

[3] See 4 Hugo, *Civilistisches Magazin* 4 (1813); Moser, *Patriotische Phantasien* (1774); Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* pp. 133 ~ 43, 148 ~ 55 (1828); Savigny, *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* pp. 8 ~ 11, 13 ~ 14 (3d ed. 1840).

[4] A. D'amato, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca; Cornell University Press, 1971. p. 47. (hereinafter A. D'amato, *Costom*).

[5] A. D'amato, *Custom*, pp. 48 ~ 49.

[6] A. D'amato, *Costom*, p. 49.

[7] See generally Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, in *International Law: Cases And Materials*, 2d ed., Minn.: West Publishing Company, 1987, pp. 32 ~ 33.

素。这种分化导致了对国际习惯形成要素的看法形成了三个流派。除了这两大流派之外,第三种流派,就是通过惹尼的理论所证明的,习惯规范的形成需要惯例和确信二者的联合作用。

这三派理论中,第三种观点似乎在20世纪上半叶的理论和实践中占据了主流,被称为“传统”观点。20世纪下半叶后,另外两个流派得到复活。其中坚持法律确信在国际习惯形成中最为重要的理论,典型的是以郑斌(Bin Cheng)在1965年所提出的“速成习惯”(instant custom)理论为代表,其他学者包括安齐洛蒂(Anzilotti)、科比特(Corbett)和斯特鲁普等(Strupp),认为习惯无非是那些独立国家的意愿的联合。^[8]卡尔·斯特鲁普(Karl Strupp)否定习惯的物质因素重复的必要性。指出,习惯国际法规则只要具备强烈的法律确信就可以在较短时间内形成,^[9]这一流派适应了二战后大量条约,尤其是多边公约迅速发展,通过条约引申法律确信更快、更直接的现实。

强调国家实践(惯行)在创立国际习惯规范中的重要性的这一流派的复兴则是在与前者的对抗和批判中发展起来的。该派指出法律确信是要不得的,因为它是难以证明的,或者根本无法证明。对主张法律确信观念的学者来说,法律确信的确立只能靠引申或者推定而已。如托森·吉尔(Torsten Gihl)认为,习惯的心理要素很难确定,以至于法院或教科书的作者们不可能做到,因为只有对政府的动机进行“特别研究”才能够揭开这一要素。^[10]凯尔森在1939年就主张,作为习惯的组成部分,发现国内决策者们的情感或者思想“几乎是不可能的”。他指出,虽然常设国际法院在荷花号案中基于缺乏法律确信而否定了存在所谓的习惯规则,但法院在它审理的任何案件中实际上都从没有证明过法律确信的 actual 存在,以支持一个习惯规则。此外,虽然许多法院从一些条约的表述中引申出习惯法规则,但这些法院在引申过程中从未运用法律确信要素。尽管凯尔森在他的“纯粹法学”中实际上并没有拒绝习惯的心理成分,但他接近于认为这一要素的确定是国际法庭绝对独断裁量的事情。^[11]保罗·古根海姆(Paul Guggenheim)也指出,在现实中,习惯只有一个构成要素,那就是惯行。在他看来,法院在决定一个积极行为或者消极行为,经过长期还是短期重复就可以形成有法律约束力的习惯,还是仅仅是一个没有法律效力的惯行问题上有无无限自由裁量权。^[12]

第三种流派,即主张把惯例和确信联系起来观点,在今天亦然占据主流。更重要的是,这一理论得到了1945年《国际法院规约》第38条(b)款的确认,成为官方理解,并在国际法院的判决中得到了普遍贯彻。关于这一理论,典型的现代表述是法官默雷·O. 哈

[8] See Strupp, *Les Règles Générales du Droit de la Paix*, Recueil des Cours, vol. 47, 1934, p. 263; 1 Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, p. 73-76 (3d ed. 1928); Corbett, *The Consent of States and the Sources of the Law of Nations*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 6, 1925, p. 20.

[9] Strupp, *Les Règles Générales du Droit de la Paix*, Recueil des Cours, vol. 47, 1934, p. 304.

[10] Gihl, *Legal Nature and Sources of International Law*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 1, p. 53, 84 (1957).

[11] Kelsen, *Theorie du droit international coutumier*, *Revue Internationale de la Theorie du Droit (New Series)*, 1939, pp. 253, 264-66.

[12] E. Suy, *Les Actes Juridiques Unilatéraux En Droit International Public*, Paris: Pichon, 1962, pp. 229-234.

德森(Manley O. Hudson),应国际法委员会的要求在研究了几百个法律学者的作品后所宣布的结论。他认为关于习惯国际法规则或原则形成的五个构成要素是:(1)在同一国际关系领域内诸多国家一致的实践;(2)相当期限内国家实践的持续性或者重复;(3)在观念上国家实践是当下国际法所要求,或与当下国际法相一致的;(4)其他国家的实践也普遍默认;(5)每一因素的存在是由有能力的国际权威确立的。^[13] 其中的第(3)个要素,实质上就是法律确信要素,但这一表达却也受到了诸多质疑,那就是时序悖论问题,以至于这一创造并没有通过。

二、对法律确信的 different 理解

达马托教授曾试图全面总结和归类法律确信的各种理论,他把已有的理论分成四组:^[14] 第一组,达马托称之为法律确信的“传统”理论,它涉及概念的“循环问题”,诚如国际法院法官哈德森所认为的,传统法律确信理论都包含各国相信他们的行为是现有的国际法所要求的,是与现有国际法相一致的。然而,如果习惯的心理要素要求国家行为要有意识地符合现有行为所体现的法律的话,习惯又怎么能够创造出新法律? 第二组理论,达马托认为他们把法律确信与同意、默许,或没有抗议等同起来;第三组理论,涉及通过一些双边或多边条约所包含的反复重复的法律规则形成国际习惯。最后一组,把这个概念界定得非常广泛以至于在功能上没有什么价值,他们把法律确信等同于“社会必需”,“世界公众舆论”,或“共识”等诸如此类的观念。

以下笔者主要以达马托教授的分类为基础,对国外学者关于法律确信内涵的不同理解加以梳理。

(一) 传统理论

传统法律确信理论,即要求各国相信某一实践具有法律效力。这一理解所遭遇的最大问题就是,这一法律效力的来源是什么,如果是与既有的法律相一致而取得效力,那么习惯法规范还会创造出来吗? 因为,一个新习惯规则的形成即意味着对既有法律规则的否定。由此说,传统理论无法解释新习惯规则的产生问题。为解释这一问题,学者们提出了诸多对法律确信要素的理解,试图能够提供圆满的解释,但结果并不令人满意。

1. 同意论。

这种观点认为,法律确信的形,是建立在各国普遍同意基础上的。但什么是同意,是不是要求每一个国家都要明确表示同意该实践才具有法律约束力? 显然,如果要求明示同意,或者要求每一个国家都要同意的话,习惯国际法规范恐怕无法形成。因为,在国际关系中,如果某国或某些国家对另一国或另一些国家所从事的实践没有利益关系时,那么,这些国家可能并不会表态。因此,主张同意论的学者不得不将同意的范围扩大到包括默示同意(默认),或者只要没有提出抗议就视为同意。通过这种扩大同意的范围,力图

[13] Anthill Law Common, Yearbook, Vol. 2, p. 26 (1950).

[14] A. D'amato, Custom, pp. 66 ~ 72.

能够实现所谓“普遍同意”。而由这种“普遍同意”所形成的法律确信却并不等于“全球一致的同意”(universal acceptance),而是有代表性的大多数具有利益关系的国家的同意即可。然而,就每个国家的同意是否构成确信不可能进行完全的调查,而且即使一国表示了明示同意,也不见得就是其真实的同意。正如达马托指出的,一国“同意”,可能是因为它是一个小国,而对抗它的是一个大国。在这些案件中,小国的“同意……根本不能等同于确信大国是在依照习惯法行事”。^[15]也就是说,同意可能是被迫的,并非真正的内心确信。因此,对达马托而言,同意并不能等同于形成习惯国际法所需要的法律确信。

一些理论家提出,只要对某一种具体做法没有提出抗议就视为支持了习惯法规范产生所必要的确信或者可以作为法律确信的证据。这些学者如麦克吉本(I. C. MacGibbon)、沃尔夫克(K. Wolfke)、迈克尔·阿克斯特博士(Akehurst)。但也有学者对此持有异议,如艾里克·苏(Eric Suy)、达马托等。达马托认为,一国不抗议往往是政治或外交上的考虑(包括往往考虑抗议在现实意义上是徒劳的)。此外,如果一国并不直接关涉一项行动或做法,它提出抗议往往还会被看成是对利益相关国的一种莫须有的侵害,而且可能是为了提醒人们注意该惯行,并有帮助其出人头地之嫌。最后,不抗议可能体现的并不是默许,而是认为该惯行完全是法律范围之外的东西,属于社会礼节或礼让的范畴。^[16]因此可以说,达马托是拒绝把确信与没有抗议相等同的。没有提出抗议在他看来,并不能支持“推定的确信”,它只能“满足惹尼区分法律和非法律惯例的功能”。^[17]

2. 条约表达确信论。

这是被达马托列为第三类的法律确信。人们普遍认为,条约,包括多边和双边的,可能有助于调查法律确信的结果,并在形成习惯国际法中发挥作用。比如艾里克·苏就认为条约可能是习惯的一个构成要素。^[18]“国际协定可能导致产生习惯法”的原则,还编纂进了美国法学会《对外关系法重述》(修订本)中。重述第102条明确指出,被广泛接受的多边和双边协定本身就是被认为一般都要信守的条约,它们本身就应被看做是国家实践。这种协议有助于习惯法的演变并约束非缔约方,“凭借国家实践和法律确信导致习惯法的产生”。^[19]

但也有学者对于条约产生法律确信持谨慎态度。一些学者呼吁,鉴于条约的契约性质,它们并不表达法律确信。^[20]还有另一批学者认为,条约可能只是国家实践的确凿证据。例如,温斯伯德(Weisburd)教授争辩说,虽然条约可能是习惯和法律确信的一种暗示,但条约“并不是崇高的一种形式,以至于国家可以忽视其他实践证据”。他认为,“即

[15] A. Damato, *Custom*, p. 69.

[16] A. Damato, *Custom*, p. 70.

[17] A. Damato, *Custom*, p. 70.

[18] E. Suy, *Les Actes Juridiques Unilatéraux En Droit International Public*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, p. 242.

[19] Charney, *International Agreements and the Development of Customary International Law*, *Washington Law Review*, 1986, vol. 61, pp. 973-974.

[20] Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, *British Yearbook of International Law (1974-1975)*, Vol. 47, p. 42-52.

使条约在它们的构想中是习惯的宣示性证据……〔它们〕也不能冻结习惯法的内容,把法律体制与国家实践变化的影响割裂开来”。温斯伯德因此得出结论:“条约如果排除实践证据,单独无法确定习惯法的内容”。然而,温斯伯德也认为,这并不排除条约还是各国关于义务看法的有益的征兆。^[21]看来,学者们都不否认条约在产生习惯国际法中的作用,只是对其发挥作用的程度有着不同的理解。仅由条约就可以生成习惯法,还是还要借助于其他国家实践的的证据,成为争论的焦点。

3. 共识论。

这是达马托的第四类理论。在这一类别中,包括了K. 温卡塔·拉曼(K. Venkata Raman)的理论(他把确信等同于“对未来决策要求的共同的期望”)以及马克斯·索伦森(Max Sorenson)和科普曼纳斯(Kopelmanas)的理论(提出“社会必需”是法律确信的基础)。^[22]

达马托概要地驳斥了这些理论以及郑斌提出的法律确信就是“共识”(consensus)的观念。^[23]这种观点认为“可以容易地创造类似等同的东西,但它们都不能完成分析心理构成要素的功能作用这一艰巨任务”。^[24]法律确信就是“共识”这一主张祈求的是“多数人统治”的观念。达马托拒绝这一主张,指出如果法律确信等于共识,“那么,我们将不得不得出的结论是,如果绝大多数国家都接受某一法律立场的话,那么少数弃权或反对的国家也应受其约束。”^[25]这有违主权原则,即使有持这种论点者,也只是少数人所采纳的一种观点。^[26]

(二) 法律确信的现代理论

在上个世纪60年代后,为了寻找更好地解决前述传统理论所存在的问题,学术界的努力已经形成了几个新的或较为独特的习惯国际法理论,这些理论对法律确信做出了新的解释。三个较为耐人寻味的理论是达马托的“澄清”(Articulation)理论,郑斌的“速成习惯法”(Instant Custom)理论,和温斯伯德的聚焦于对一国强加制裁或负担即意味着产生必要法律确信的理論。

1. 达马托的“澄清”理论。

达马托通过对现有习惯和法律确信理论的研究,决定“重塑习惯理论”。他的重塑提出了两个基本要素:(1)质量因素——“澄清”;(2)数量因素——国家行为或承诺。^[27]

达马托说:“关于法律确信的最简单的客观看法就是要求国际法律性的客观要求要

[21] Weisburd, Customary International Law: The Problem of Treaties, VAND. J. TRANSNAT' L L. 1988. Vol. 21, pp. 5, 10, 20, 23.

[22] A. D'amato, Custom, p. 71 ~ 72.

[23] Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law? INDIAN J. INT' L L. Vol. 5, p. 23, 38 (1965).

[24] A. D'amato, Custom, p. 72.

[25] A. D'amato, On Consensus, CANADIAN Y. B. INT' L L. 1970, Vol. 8, pp. 104, 110.

[26] Stein, The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law, HARV. INT' L L. J. Vol. 26, 1985, pp. 457, 464.

[27] A. D'amato, Custom, p. 87.