



华东政法学院 国际法学院



当代国际法 论丛

· 第5卷 ·

王虎华 丁成耀 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



华东政法学院 国际法学院

当代国际法 论丛

· 第5卷 ·

王虎华 丁成耀 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

当代国际法论丛. 第5卷/王虎华, 丁成耀主编. —北京: 北京大学出版社, 2005. 12

ISBN 7-301-10258-5

I. 当… II. ①王… ②丁… III. 国际法-文集 IV. D99-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 141961 号

书 名: 当代国际法论丛(第5卷)

著作责任者: 王虎华 丁成耀 主编

责任编辑: 朱彦 黄蔚 杨莹颖 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-10258-5/D·1388

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 82350640

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 15.25 印张 439 千字

2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

责任编辑：朱彦黄蔚杨莹颖王业龙

封面设计：春书裁工作室
021-9051363823

目 录

国际公法篇

王虎华 / 论国际习惯的形成要件	3
王虎华 / 论国际法在我国适用的理论与实践	8
王 勇 / 简论联合国宪章的原则	19
丁成耀 / 对“不干涉内政原则”的阐释	30
丁成耀 / 浅谈无核区制度	47
顾百忠 / 论欧洲法院的直接管辖权与欧共体 法律的统一实施	60
管建强 / 论战争赔款与民间战争损害赔偿的区别	72
管建强 / 从战后对日和约的角度评中国民间对 日索赔的权利	91
管建强 / 论中国民间战争受害者在国内的司法救济	112

国际私法篇

林燕萍 李凌云 / 对我国国际私法立法模式的再思考 ——兼论我国《民法典》草案中关于 涉外民事法律关系的规定	127
袁发强 / 基本权利保护与法律选择中的实质正义趋向	143

刘宁元 / 行为能力和身份法律适用研究	161
单海玲 / 论涉外动产物权的法律适用	171
刘宁元 / 简论反垄断案件的管辖权	180
梁敏 / 论涉外遗嘱继承的法律适用问题	188
赵扬 / 论电子合同司法管辖中的“不方便法院原则”	198
刘晓红 / 国际商事仲裁协议构成要件的实务分析	202
刘晓红 许旭 / 国际商事仲裁可仲裁性问题的 欧美的发展趋势	220
袁发强 / 重新仲裁制度实践运行中的误区	252

国际经济法篇

甘瑛 / 反补贴过滤网 ——专向性问题研究	269
甘瑛 / 环境补贴与反补贴税之法律探究	293
李伟芳 / WTO 框架下贸易与环境关系的理论 及实证分析	309
刘俊 / 中国问题金融机构处理的法律实践及其完善	320
刘俊 / 问题金融机构处理的比较法分析 ——组织机制和法律框架的宏观考察	338
陈宪民 / 无单放货的法律问题研究	361
张梅生 / 论提单与承运人的货物交付	370
司平平 / 反垄断法域外执行中的双边合作	383
司平平 / 建立反垄断法国际执行机制的努力	396
王勇 / 论我国有关管理和管制法律对融资租赁 合同的影响	412
单海玲 / 中国商业秘密法学的发展与挑战	422
李泳 / 艺术家跨国表演活动所得的课税规则初探	458
邱进前 / 英国审计委员会制度研究	475

国际公法篇



论国际习惯的形成要件

王虎华

国际习惯,是在国际交往中,经国家反复多次的实践,被世界各国公认为法律而逐渐形成的不成文的行为规则。《国际法院规约》第38条第1项(丑)款规定:“国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。”

一、国际习惯与国际惯例之区别

有的学者将“国际习惯”又称为“国际惯例”。^①由于这种混淆的现象,使“国际习惯”与“国际惯例”以及“通例”、“常例”经常被混用,造成了概念上的误解。

国际习惯与国际惯例是两个不同的概念。国际惯例,又称通例或常例,是指在国家实践中尚未形成法律拘束力的通例或常例。《国际法院规约》第38条第1项(丑)款明确规定:“国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。”这里的“通例”就是国际惯例。根据《规约》的规定,通例(或称国际惯例)要成为国际习惯,必须被接受为法律。可见,通例并不是国际习惯,只有当通例被接受为法律时,才能成为“国际习惯”或“习惯国际法”,才能成为国际法的渊源。^②

应当指出,并不是所有的国际惯例都会成为国际习惯法。国际惯

① 参见曹建明、周洪钧、王虎华主编:《国际公法学》,法律出版社1998年版,第11页。

② 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第16页。



例,是在国家反复多次的实践中,在较长的时间内才转化为国际习惯的。现代国际法上关于外交代表特权的规定,就是由最早的惯例演变而来的。早在我国春秋战国时期,诸侯国之间为了战争的需要,从斩杀敌国的信使发展到优待敌国的使者,曾经历了一个漫长的过程。经过较长时间的国家实践,产生了“两国交兵,不斩来使”的通例或常例。各国反复多次的实践,使这种做法成了国家间的惯例。最后,此惯例被各国公认为相互间交往的行为规则,并逐渐上升为法律,这就形成了“外交代表不得侵犯”的国际习惯。到了1961年,国际社会将这一国际习惯编纂在《维也纳外交关系公约》之中。^①

二、国际习惯的法律地位

国际习惯是国际法最古老、最原始的渊源,在国际条约出现之前,国际习惯就已存在了。虽然,在当代国际法中已经有很多的国际条约,但在一般国际法的规范中,国际习惯仍然占有很大的部分,而且,新的习惯规则还在不断地出现。由于条约对非缔约国没有拘束力,因此,在国际法实践中,国际习惯仍然起着重要的作用;同时,国际条约也往往要以国际习惯为背景来加以解释和理解。所以,无论成文法如何发达,仍需要习惯法来补充其内容的不足。正是在这个意义上,国际习惯也可以说是最重要的国际法渊源。

应当指出,国际习惯是“不成文的”,因此,为了查明国际习惯法的存在,必须寻找根据,即国际法的证据。一般情况下,确认国际习惯存在的证据表现为三种情况:其一,国家之间的外交关系,表现为条约、宣言以及各种外交文书;其二,国际组织和机构的实践,表现为国际组织和机构的决定、判决等;其三,国家内部的行为,表现为国内法规、法院判决、行政命令等。这三种情况的具体体现表明国家的实践和国家的意志,从而可以构成国际习惯法的证据。1947年《联合国国际法委员

^① 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第17页。

会规约》第24条要求委员会“考虑使国际习惯法的证据易于查找的方式和方法”。有了可靠的国际法的证据,才能确认国际习惯法的原则、规则和制度。在1927年的荷花号案中,因为找不到证据证明,在公海发生的碰撞事件中,船旗国享有排他的管辖权,所以国际常设法院驳回了法国的主张。在1969年北海大陆架案中,国际法院认为,《大陆架公约》第6条所载的中间线原则并没有成为习惯法规则,因为从各国的划界实践中找不到这样的证据。

三、国际习惯的形成要件

国际习惯的形成必须具备两个要素:一是物质要素,即通例的产生;二是心理要素,即通例被接受为法律,理论上称法律确信。

(一) 物质要素——通例的产生

通例,字面理解是通常的做法,与惯例即惯常的做法同义,也就是常例。从国家的第一次实践(即通例的出现),到各国的通常做法,最后形成国际习惯,这是一个国际习惯法规则形成的过程。确认国际习惯法规则,必须查找国际法的证据,这就需要考查通例形成和演变的过程。通例来自国际社会成员在相当长的时期内反复多次和前后一致的实践,即各国的多次重复的类似行为。如果许多国家在相当长的一段时期内对同一种国际法律关系反复采取同样的、前后一致的处理方法,通例便产生了。通例的产生,包括时间、数量和实践的同一性三项要求。

通例产生的时间,是指一项通例从出现到演变为国际习惯的时间。一项通例的产生需要多长时间,不能一概而论。一般认为,通例或惯例需要经过较长时间的国家实践才能演变为国际习惯。20世纪以前,许多规则往往要经过几十年,甚至一二百年的时间才获得确认。“海洋自由”原则在17世纪提出,19世纪才得到普遍确认并成为习惯法规则。但是,这并不等于说每一项国际习惯都要经过那么长的时间。对此,在1969年北海大陆架案件中,国际法院指出,不能因为时间的短暂

就认为不能形成新的国际习惯规则,即使时间短暂,但如果有关国家的习惯频繁且一致就能形成习惯法。在现代,国家之间交往方便而频繁,习惯规则就可以在较短的时间内得到确认。和平共处五项原则是在50年代初提出的,到了60年代,这些原则已被许多国家接受了。在海洋法以及外空法等领域,有些原则、规则和制度,由于许多国家相继迅速地采取类似行动而得到普遍的承认,从而成为国际习惯法,如海洋法中的大陆架、专属经济区,外空法中的外空法律地位等。这样形成的国际习惯法曾被称为“即时”国际习惯法。

通例产生的数量,是指一项通例从出现到演变为国际习惯的国家实践的次数或数量。国家实践的次数或数量不是绝对的。一般说来,采取同样实践的国家越多,通例就越易于获得普遍接受。只在一国重复不能形成国际习惯法。1969年北海大陆架案件中,国际法院提出,形成国际习惯的实践应包括众多国家的参与才具代表性。但是,要求众多国家参与,并非要求全世界所有的国家参与。例如,有关外空活动的国际法主要是通过美国和苏联的实践形成的,国际社会只是予以承认而已。然而,通例如果只有部分国家重复,而其他国家反对,则该通例就很难形成国际习惯。

实践的同一性,是指一项通例从出现到演变为国际习惯,国家的实践须前后持续一致。实践的同一性虽然也不是绝对的,但非常重要。如果先后行为互不相同,则通例就很难形成国际习惯。1950年庇护权案件以及1960年印度领土通行权案件中,国际法院认为“持续一致的实践”形成习惯法上的权利义务。

(二) 心理要素——通例被接受为法律

国际习惯有一个逐渐形成的过程,因为它需要各国在较长的时间内多次重复类似的行为,前后一致持续实践,同时,还需要各国在实践中逐步认为具有法律义务,即重复行为要出于法律义务感。这在国际法理论上被称为“法律确信”。

也就是说,国际法主体在重复通例时,认为这种规则是国际关系所必需的,从而相约接受通例的拘束。在1969年的北海大陆架案件中,



国际法院区别了国际习惯和国际礼让。认为国家要有与履行法律义务相一致的意识,单纯以某种行为频繁或具有习惯性就认定其为国际习惯还不够充分。例如,国际礼让虽然重复着一定的国际行为,但国家只是考虑礼让的恰当性和传统等因素,实施的行为并非出于法律义务感,这就不是国际习惯。

“法律确信”的存在与否,可以作为一项通例是否已被接受为习惯法的验证。但证明其存在却很困难。首先,法律确信并非客观外在的表示;其次,在国家行为中,法律因素和政治因素经常复杂地纠缠在一起,要证明通例的重复是国家出于法律义务感,是很微妙的问题。因此,国际法院在物质因素确定后,通常推定心理因素也存在。1960年印度领土通行权案件和1959年国际工商业投资公司案件中,国际法院就是采取了这种立场和方法。

通例在相当长的时期内经国家多次反复和前后一致的实践,并逐渐被各国公认为法律时,就可以演变为国际习惯,从而成为国际法的渊源。可见,国际习惯的拘束力就在于它既是各国的重复类似的行为,同时,又被各国公认为具有法律拘束效力的不成文的规范。^①

^① 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第18页。

论国际法在我国适用的理论与实践

王虎华

国际法在我国的适用问题,关涉国际法与国内法关系的理论和实践。国际法与国内法,两者究竟是属于同一个法律体系,还是分属不同的法律体系?它们之间的具体关系如何?长期以来,在国际法理论上颇有争议。而且,因为该争议涉及国际法的法律性质、法律效力等重大方面,也就成了国际法的基本理论问题之一。国际法与国内法的关系问题,同时又是一个不可回避的实践问题。例如,中美两国于1979年1月1日签署了《关于建立外交关系的联合公报》,美国承认中华人民共和国政府是中国唯一合法政府,台湾是中国的一部分。但与此同时,美国又在国内公然制定和颁布与上述中美联合公报相抵触的国内法《与台湾关系法》,并规定其生效的时间也是1979年1月1日。美国在与中国签订了作为国际法的双边条约并已经正式建交的情况下,又根据《与台湾关系法》继续向中国的一个组成部分台湾地区提供武器,这是公然违背国际法的行径,同时也反映了国内法与国际法的强烈碰撞,说明了处理国际法与国内法的关系问题的重要性。^①

一、中国国际法与国内法关系的理论学说

(一) 周鲠生《国际法》的学说

周鲠生所著《国际法》认为,从法律和政策的一致性来说,只要国

^① 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第26页。



家自己认真履行国际义务,国际法和国内法的关系总是可以自然调整的。^① 这种学说被我国学者称为“自然调整论”。^② 自然调整论强调国家在执行国际法时,国际法与国内法关系的自然调整。

笔者认为,国家制定国内法,同时也参与制定国际法,国家的对外政策和对内政策有着密切的联系,而法律是为政策服务的,国家的对外政策自然影响它对国际法的态度和立场。因此,国际法和国内法按其本质来看,不应该有谁属优先的问题,也不是彼此对立的。^③

国际法和国内法的关系问题,归根到底,是国家如何在国内执行国际法的问题,也就是国家履行国际法义务的问题。按性质,国际法约束国家而不直接约束国家的机关和国内人民,即使国内法违反了国际法,国内法庭仍须执行,但国家因此要负违反国际义务的法律責任。所以,国家既然承认了国际法规范,就有义务使它的国内法符合国际法的规定。

(二) 国际法与国内法的辩证关系

国际法与国内法之间的关系不仅是自然调整的关系。“自然调整论”局限于国家如何在国内执行国际法的问题,而事实上,国际法和国内法之间有着更为密切的联系,它们是互相渗透、互相补充,并在一定条件下互相转化的。

国家制定国内法,同时又参与制定国际法,因此,国际法与国内法的关系是紧密相连的,而且,国内法和国际法之间具有某些共性。主要表现为:其一,国际法和国内法都是在一定的社会关系中发挥法律规范的作用,国际法在国际社会发挥法律规范的作用,而国内法则在国内社会发挥法律规范的作用。其二,国际法和国内法都有一整套的原则、规则和规章制度,适用于各自调整的对象之间的关系。其三,国际法和国内法都具有各自的强制力来保证其实施。

① 参见周鲠生:《国际法》上册,商务印书馆1981年版,第20页。

② 参见曹建明、周洪钧、王虎华主编:《国际公法学》,法律出版社1998年版,第22页。

③ 参见王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第28页。

国家在制定国内法时,应当遵守国际法的原则规定以及国家承诺的各项国际义务,甚至将国际法规范吸收和转化为国内法。国际法实践已经证明了这一点。从国际法方面来看,如果一项国际条约只有原则的规定,就往往要求国家在国内法上作出具体的规定,由此,国际法的原则和规则可以在各国的国内立法中得到补充和具体化。例如,国际法通过国际人权公约要求各国保护人权,但实现对人权的保护往往要通过国内法的具体规定,于是,各国就通过立法将国际人权公约规定的内容转化为国内法的规范,并加以具体化。当然,国际法不得干预国内法,国际法不能任意干预国家在主权范围内(或称国内管辖事项)制定的国内法。

同时,国家在参与制定国际法时,必须尊重他国主权和他国的国内法律制度,而且,还应当根据国内法的规定,尽可能避免国家参与制定的国际法与本国国内法发生冲突。例如国籍问题,国家有权根据本国特点和实际情况制定国籍法,但制定时必须参照国际法上有关国籍问题的原则和规则。国际法规定要保障妇女平等权利,妻子的国籍不随丈夫国籍的改变而改变,国家在制定国籍法时就应遵循这个原则。

综上所述,国内法为一国的对内政策服务,而国际法为国家的对外政策服务,两者既有分工,又须保持一致。国家在参与制定国际法时应考虑到国内法的立场,而国内法又可以通过国际法的原则和规则得到充实和发展。一旦国际法和国内法之间发生矛盾和冲突,国家应当予以调整和协调。国际法和国内法互相渗透、互相补充,并在一定条件下互相转化。国内法转化为国际法的条件是得到国际社会的公认,而国际法转化为国内法的条件则是经过各国立法机关的法定程序。^①

二、英美国家国际法与国内法关系的国家实践

国际法是国家之间的法律,因此,国家如何在国内实施国际法,即国家如何承担国际法上义务的问题,本质上是由国内法加以规范的。

^① 王虎华主编:《国际公法学》,北京大学出版社、上海人民出版社2005年版,第29页。

采取什么方式解决国际法与国内法的关系问题是国家的主权,要依照各国的法律规定,特别是各国宪法对国际法在国内适用的规定。国际法只有在国内得到施行,才能在实践中与国内法真正地发生联系,也才能发挥调整各国之间关系的作用。如果国内法的规定与国际法不符,而国内法庭只执行国内法,那么,国际法就无法在国内实施,也就无法发挥调整国际关系的功能和作用,这时,违反国际义务的具体国家就要承担国际法律责任。

对于如何在国内实施国际法的问题,有些国家在宪法上作了原则规定,有些国家虽然在宪法中没有规定,但在单行法中作了具体规定,还有些国家则没有成文宪法。由于国际法本身既有成文的国际条约,又有不成文的国际习惯,致使国际法在国内的效力问题更为复杂。从各国实践来看,国际法主要通过两种方式在国内发生效力:一是“采纳”,二是“转化”。前者是指国际法被视为国内法的一部分,可以自动、直接地适用于国内法律体系之中;后者是指国际法不能直接和自动地在国内法院适用,而必须经过“转化”,即通过国内立法把国际法转化为国内法,然后才能在国内加以适用。

(一) 英国的国家实践

在英国,按照普通法的一般规则,国际法是本国法的一部分。但是,国际习惯和国际条约在国内的适用是不同的。

国际习惯法规则在英国具有法律效力,而且被英国的法院所承认并直接适用,但以不能与现行或今后的国内成文法相冲突为限。国际习惯的适用效力和范围由英国终审法院予以确定,一经确定成为英国判例,则对所有的英国法院具有拘束力。但是,国际法作为英国法律的一部分,并不意味着英国法律承认国际法的最高效力。在实践中,英国法院如果遇到国内法与国际法有冲突时,还是适用国内法,即国内制定法优先于国际法。

在条约方面,英国宪法规定,条约的缔结权属于英王的特权,条约一经签订和批准,便对英国有拘束力。但条约不能直接适用于国内法院,条约只有经过议会的立法程序,并转化为国内法后才能在国内适