

民间法文丛 谢 晖◎主编

姜世波◎著

习惯国际法
的司法确定

中国政法大学出版社

习惯国际法
的司法确定

姜世波◎著

民法文丛 谢 晖◎主编

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

习惯国际法的司法确定 / 姜世波著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 9

ISBN 978-7-5620-3550-3

I. 习... II. 姜... III. 国际习惯法 - 研究 IV. D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第146300号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 习惯国际法的司法确定
XIGUAN GUOJIFA DE SIFA QUEDING |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 12.625 印张 335 千字 |
| 版 本 | 2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3550-3/D·3510 |
| 定 价 | 30.00 元 |

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



总 序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI 来源集刊”。此外，自 2005 年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



内容摘要

习惯国际法被称为国际法渊源之谜。相比国外的研究，我国对这一问题的研究还很薄弱，目前的研究仍然是零碎、局部和立法视角的。而国际司法方法论视角的研究才刚刚起步。本书即以这一视角为基本立论基础，运用逻辑与实证、理论和实践相结合的方法，通过对西方国际法学界和国际关系学界关于确定习惯国际法的理论进行系统梳理，并重点对国际法院确定习惯国际法的实践从法律方法论的视角进行考察和分析，得出了习惯国际法具有高度不确定性，其形成理论分歧众多，国际司法政策依国际政治时势而动，国际法院主要依靠法律创制的法律方法确定习惯国际法的结论。全书总体上分为四大部分，第一部分是导论；第二部分主要是确定习惯国际法的理论，包括第一、二、三章；第三部分主要

是对国际法院确定习惯国际法的司法政策和司法方法的考察，包括第四、五、六、七章；第四部分是余论，简要分析我国对习惯国际法的创立可能作出的贡献。以下是各章的主要内容：

导论：关于本书的研究缘起、背景，本课题研究现状、研究范围、研究思路和研究方法等的概述。

第一章：习惯作为国际法的核心渊源。本章从两个方面加以论证：一方面，从国际习惯与其他法律渊源的关系来探讨习惯在国际法渊源中的地位。通过考察它们之间的关系，笔者发现尽管条约法在现代国际法中从数量上、适用范围上看是国际法渊源的主角，但真正能够代表国际法作为法律属性的渊源是习惯国际法。另一方面，从国际法效力根据的视角考察，习惯形成的社会学、经济学解释已由其他学科的学者作出了深刻阐释，^{〔1〕} 这里仅从通常否定国际法为法的法律实证主义立场，对历史上主要学者关于国际法效力的观点进行考察和追问，发现在实证主义者看来，国际法的最终效力渊源竟只能解释为来自习惯。

第二章：习惯国际法形成的构成要件理论。这是习惯国际法理论中研究最为活跃的命题。在这个领域，我们可以领略色彩斑斓的理论纷争。如什么是国家实践，其性质、表现是什么？什么是法律确信，其实质是什么？二者在习惯规则的形成过程中充当着怎样的角色？通过研究不同学者的见解，

〔1〕 关于习惯法形成的社会学解释，可参见〔奥〕尤根·埃利希的《法律社会学的基本原理》（叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版），〔德〕马克斯·韦伯的《经济、诸社会领域及权力》（李强译，三联书店1998年版）。关于习惯法的经济学解释，可参看韦森《习俗的本质与生发机制探源》、《惯例的经济分析——演化博弈论制度分析的新进展》等文，源自天益网思想库，<http://www.tecn.cn/thinktank/author.php?id=68>，访问日期2008年8月15日。

笔者最后还是认同传统观点的两点论，即虽然法律确信是形成习惯法的关键，但它必须通过考察国家实践才能发现，而表现现代习惯国际法的国家实践的范围必须扩大，即包括国家的口头行为和书面行为在内，而且这成为现代国家实践的主要形式。因为当今科技的发展和大量国际组织提供的广阔而宽松的舞台给国家自由表达其意志提供了更大的空间。

第三章：超越休谟法则：国家实践转化为习惯国际法规则的一个理论前提。习惯国际法形成理论分歧的根源在于事实（国家实践）如何能够转化为规范（习惯法）？这就是哲学史上难以化解的一个难题——休谟法则。按照休谟法则，由实然是无法直接得出应然的，但习惯法的形成则恰恰来源于这个哲学上无法解答的问题。哲学家们为此付出了艰辛努力来解答这个问题，历史上出现过诸如自然主义、实用主义、情感主义、人本主义、直觉主义、马克思主义等解释，当代又出现了普特南事实与价值缠结、麦金太尔的目的论、塞尔等人的语言哲学分析等新的诠释。然而，对于法学家们来说，则无意纠缠于这种抽象空洞的哲学思辨，而是虚构了一个心理因素——法律确信来解决这一问题。因此，笔者最终还是将超越休谟问题的答案建构在心理学的解释上，这就是认知心理学和完形心理学的解释，并以此原理解释了习惯国际法确定理论中的诸多困惑。

第四章：国际法院确定习惯国际法的实证考察。习惯国际法理论上的种种分歧似乎意味着确定习惯法无规律可循，但是，司法实践中无论有多大争论法院都是要独立地作出裁决的，因此，考察国际法院的司法实践、探寻裁判的规律至为重要。经过对国际法院裁判案例的考察，笔者发现，国际法院（包括其常设国际法院）的司法政策大致经历了一个从

克制主义到能动主义，然后追求实现二者妥协的路径。国际法院的司法政策与国际关系格局的演变、国际政治形势、法官的背景和偏见等非法律因素有着密切关系。由于大国的消极，未来的国际司法可能更多地恢复其司法职能，尽量远离政治问题，一定程度上迎合大国的意志，并可能有回归克制主义的姿态。

第五章：确定习惯国际法的司法论证的进路。前一章所提到的这些非法律因素的作用并不会直接体现在判决和咨询意见中。因为国际法院作为联合国辖下唯一的司法机构，它只能忠实于法律，只能在法律的范围内作出裁判，这些因素的作用最终要通过一定的法律方法转化为法律范围内的理由。其中之一就是法律论证。法律论证的核心在于当不确定性的法律中出现复数解释，或者出现法律漏洞时，法官通过具有更强说服力的理由作出裁判。^{〔1〕}而习惯国际法的非成文法属性和不确定性恰恰符合了这一要求。通过马蒂·科斯肯涅米批判法视角对习惯法的解剖，我们发现习惯国际法（实际上包括整个国际法）几乎周身充满了复数解释，当事人在这些复数解释中都能找到自己的论辩理由，在许多案件中，最终法院的裁决将以具有更强说服力的一方的意见来决定。如在

〔1〕 研究法律论证的学者一般认为，论证存在于所有法律推理过程中，如阿列克西区分内部证成和外部证成，前者在笔者看来与形式法律推理的性质相同；我国学者陈林林则区分公理取向的论证和论题取向的论证（《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》，中国政法大学出版社2007年版），焦宝乾区分法的发现与证立，前者则有吸收法律解释之势，后者接近阿列克西的外部证立（《法律论证导论》，山东人民出版社2006年版），从法律论证学者的论述取向看，虽然他们也区分法律论证与法律解释、法律论证与法律推理、法律论证与价值衡量，但大有蚕食法律解释和法律推理的意味，价值衡量也已包含在实质合理性的论证之中。在法律论证理论内部，逻辑的、修辞的和对话的三种进路也都在各说各话，大有互相挤对之嫌。本文只取其论题取向、实体合理性、形式融贯性、讲究说服力等根本属性。

证明法律确信的国家实践方面，法院通常对各方所主张的习惯规则的存在与不存在，就是要通过估量哪一方所提供的证据更为充分来判断。

第六章：通过利益衡量确定习惯国际法的进路。一般认为，利益衡量也是法律方法中面临规范解释多解和法律漏洞时，法官据以确定法律适用的基本方法之一。^{〔1〕}这一方法同样可以转换适用于国际司法背景下。在国际诉讼中，由于国际法概念和规范的内涵较之国内法更多歧义、更多法律空白，当诉讼一造将自己的行为指涉为符合某种习惯国际法规范或者构成新习惯法时，都会涉及该规范是否成立的问题，而这一问题所面对的实质就是法律空白的填补或者说法官造法，这无疑为利益衡量方法的适用提供了空间。利益衡量的具体适用方法虽然有多种观点，但本书通过研究国际法中利益的特殊性，考察国际法院对一些案件的法律推理过程，认为在国际司法背景下对这一方法的适用，日本学者加藤一郎的“先结果后理由”的结果取向的方法最有说服力，因为国际法背景下的利益难以精确计算，利益冲突主要体现为原则冲突，各种利益之间重叠交叉，概念和规范涵义多元等，规定着国际司法背景下的利益衡量。

第七章：通过整体性解释确定习惯国际法的进路。德沃金的法律解释理论以整体法律观为指导，追求符合维度（过去的实践）与实体维度（道德和法律原则）动态的融贯性，其解释自己理论的一个例子就是以——“礼仪性规则”来进行的。因此，面对习惯国际法形成理论上的

〔1〕 当然，日本学者加藤一郎的利益衡量论是建立在所有案件都包含着利益的衡量基础上的。

众多矛盾，如何能够融贯地解释国际习惯的两个构成要素——国家实践和法律确信之间的对立统一关系就是必须加以考虑的问题。德沃金的对法律整体性的、基于法律的描述性准确（符合维度）和规范诉求（实体维度）之间的融贯解释恰好可以为这一问题的解决提供合理的答案，于是该章便尝试运用德氏的融贯解释论来对国际习惯的形成（司法上即表现为确定）加以解释。研究结论是确定习惯国际法应把符合和实体二者以最佳程度融贯起来，而不是以一维代替另一维。并在最后以该解释方法对以美国为首的多国部队发动的伊拉克战争所坚持的“先发制人”战略能否构成自卫权的习惯国际法的先例进行了分析。

最后是余论：中国与习惯国际法的创立。虽然中国尚没有接受过国际法院的管辖，但由于习惯国际法的形成基础是国家实践，而当代国家实践的内涵已经大大拓展，因此中国仍然可以通过自己参与国际关系的种种实践活动，如在联合国以及其他国际组织发表意见和建议、缔约实践、外交政策和国家声明等参与习惯国际法的创制，尤其是作为发展中的大国，能代表广大发展中国家为建立新的国际政治经济秩序而奔走呼号，为创制新的习惯国际法规则作出贡献。但同时应当对西方大国将国内政策、立法甚至司法判决作为创造习惯国际法的国家实践保持警惕，谨慎作出言语性国家实践。



目 录

总 序	1
内容摘要	5
导 论	1
第一节 选题背景和研究意义 / 1	
第二节 研究文献回顾 / 15	
第三节 研究范围与基本概念界定 / 20	
第四节 研究思路、论文框架和研究方法 / 23	
第五节 本书的学术创新点 / 25	
第一章 习惯国际法作为国际法的核心	29
第一节 习惯国际法在国际法诸渊源中的地位 / 29	

第二节	习惯是国际法的最终效力根据 / 51	
第二章	习惯国际法的形成要件理论	69
第一节	国家实践要素 / 70	
第二节	法律确信要素 / 91	
第三节	国家实践和法律确信：孰轻孰重？ / 104	
第三章	超越休谟法则：国家实践转化为习惯国际法规范 的一个理论前提	122
第一节	近代哲学家超越休谟法则的努力： 从杜威到马克思 / 123	
第二节	当代学者们的努力：从普特南事实与价值的二分到 语言哲学的解释 / 125	
第四章	游走于“克制”与“能动”之间的国际法院司法 实践的实证考察	173
第一节	司法能动主义与司法克制主义之争 / 174	
第二节	国际场景下的司法能动主义与克制主义 / 181	
第三节	习惯国际法确定中的克制主义与能动主义 / 208	
第四节	扑朔迷离的国际司法的未来 / 239	
第五章	确定习惯国际法的司法论证的进路	243
第一节	法律裁决作出的两种不同进路：从证明到证立 / 243	
第二节	习惯国际法的确定需要论证 / 249	
第三节	马蒂·科斯肯涅米的国际法律论证的进路 / 257	
第四节	习惯国际法的论证进路 / 268	

第六章 通过利益衡量方法确定习惯国际法	289
第一节 在国际司法情境下利益衡量方法何以适用 / 290	
第二节 国际关系中的利益划分及其关系 / 302	
第三节 国际司法情境下的利益衡量的展开 / 311	
第七章 通过整体性解释确定习惯国际法	325
第一节 习惯国际法确定的困境 / 325	
第二节 德沃金建构性法律解释的向度:符合 (fit) 与 实体 (substance) 的融贯论 / 328	
第三节 习惯国际法中的符合与实体维度:国家实践与法律 确信 / 335	
第四节 习惯国际法的确定——二要素的一种融贯性解释 / 337	
第五节 一个解释例证:美国伊拉克战争构成自卫权的习惯 国际法先例吗? / 342	
余 论 中国与习惯国际法的创立	351
第一节 国际法律秩序中的“大国制造” / 351	
第二节 中国对待习惯国际法的态度 / 356	
第三节 中国对创立习惯国际法的可能贡献 / 358	
参考文献	362
后 记	383

导 论

第一节 选题背景和研究意义

一、选题的背景和缘起

在国际法研究领域，对法律渊源的研究从来就是研究的核心之一。这是因为，第一，它是联结国际立法与国际司法的纽带。从立法角度说，它是法的创制形式，即一种行为规范通过什么方式创制出来并具有什么样的外在形式才能成为法律规则，从而成为处理问题、审理案件的依据；从司法角度说，它是法官发现法律的地方，是法律解释的对象，它为法官选择适用法律确定了界限。^{〔1〕}第二，

〔1〕 参见陈金钊：《法治与法律方法》，山东人民出版社 2003 年版，第 300 ~ 317 页。