

● 国际法

论国际法向成文法发展之趋势^{②)}

姜 文 忠

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 姜文忠(1969-),男,湖南宁远人,武汉大学法学院国际法学系博士生,主要从事国际公法学研究。

[摘 要] 20 世纪以来,国际法向成文法发展的趋势日益明显。这一趋势产生的原因,主要在于作为成文法的国际条约及其造法方式更能满足国际社会和国际法发展的需要。国际法的成文化的发展符合国际社会发展的一般趋向,国际条约取代国际习惯成为国际法的关系渊源是国际社会发展到一定阶段的必然结果。然而国际法向成文法的发展仍特是一个学长的。也许是永无止境的过程。

[关键词] 成文国际法;不成文国际法;国际法成文化

[中图分类号] DF90 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001)04-0411-06

成文法(Lex scripta)和不成文法(Lex non scripta)是与法律的渊源密切相关的两个概念,它们是根据法所创制和表达形式的不同而对法所进行的一种分类。国际法也可作成文国际法与不成文国际法的划分,虽然国际法论著中采用此种划分方法的情形并不常见。本文拟对国际法向成文法发展的趋势,即成文国际法日渐取代不成文国际法在国际法渊源中的主导地位的现象作一简要分析,探讨其成因和前景。

一、朝向成文国际法的运动

在国内法中,成文法和不成文法的区分,主要看其是否经过特定的国家机关按法定程序予以制定和公布,是否通过规范性文件的形式表现出来,而不完全看有无文字表达。成文国际法与不成文国际法的划分大体上也应遵循这一标准,只是国际社会中并不存在任何国内法意义上的立法机关,具有法律拘束力的规范性文件只有通过国家之间的协议才能产生。

依照上述标准,在国际法的几项主要渊源中,国际条约无疑属于成文法的范畴,而国际习惯则是一种不成文法,虽然其证据往往要从书面文件中去寻找。至于一般法律原则——对其能否构成一项独立的国际法渊源尚存在争议——在某种意义上可以说是成文的(或不成文的)国内法向不成文国际法的一种转化。

成文国际法和不成文国际法作为国际法的两种表现形式,它们在国际法渊源中所处的地位和所占的比重在不同的历史时期是不同等的。综观国际法的发展、演变轨迹,其总体趋势是从不成文法为主转向成文法为主,有学者将此趋势称为“朝向成文国际法的运动”^[1](P. 1)。

所有社会在出现成文法之前便已有不成文的习惯法,国际社会亦然。可以说,20世纪以前,不成文国际法在国际法渊源中处于绝对优先地位,那时的国际法规范基本上是习惯规范,条约规范所占的比重很低。只是从两次海牙和平会议开始,随着国际法法典编纂活动的兴起,以及随着各国越来越多地借助条约来规范彼此之间的权利、义务关系,或制定共同遵守的一般行为准则,成文国际法在国际法渊源中的比重才有较大幅度的提升,但直到第二次世界大战结束,与不成文国际法相比,它仍处于一种从属和补充的地位。

二战后,随着国际体系结构的变化、国际社会组织化程度的加深和国际法朝水平与垂直两个方向的拓展,上述情形开始发生根本变化,国际法向成文法发展的趋势日益明显,成文国际法逐渐取代不成文国际法在国际法渊源中的主导地位,条约,尤其是编纂性条约,已成为国际法的首要渊源,国际法发展的最重要途径。对此,菲德罗斯、阿库斯特、童金等众多知名的国际法学者都曾经论及。

国际法的成文化趋势在现实国际生活中的表现是多方面的,现概述如下:

1. 随着国际法编纂工作在战后有组织、大规模的展开,现行习惯国际法规则日渐法典化,也即成文化。依据《联合国宪章》第 13 条第 1 项,联合国大会的一个重要职责是“提倡国际法之逐渐发展与编纂”,而国际法编纂(广泛意义的编纂也包括逐渐发展在内)在很大程度上就是要将不成文的习惯国际法规范转换成成文的条约法典。可以说,联合国及其专门机构战后 50 余年中在这一方面所取得的成就令人瞩目,已为此缔结数以百计的编纂性国际公约,单在国际法委员会条款草案基础上缔结的多边条约就已达 17 项,其中 11 项已生效。这些国际公约几乎涵盖传统国际法的所有重要领域,在存在这些编纂公约的国际法领域,习惯国际法的作用不同程度地有所降低,正如一位学者所指出的,在其主题已成功实施编纂的国际法分支领域,习惯的作用已降低为从属性或辅助性的,条约作为一种特别法,它成了缔约国之间首先要考虑适用的法律渊源^[1](P. 95)。

2. 国际条约已成为国际法新规则、新制度的最主要渊源。二战以来,国际社会生活的各个方面发生了深刻的变化。在这场革命中,国际环境法、国际人权法、外层空间法等国际法新领域不断涌现,需要及时地予以规范;同时,一部分传统的国际法原则、规则和制度已陈旧、过时,已经妨碍和平、友好和合作的国家间关系的发展,需要尽快予以革新。由于下面将要谈到的原因,国家实现上述使命的理想工具往往是国际条约,尤其是造法性多边公约。其结果是条约数量较二战前以几何级数增加,国际条约主要是造法性条约由此成为了国际法新规则、新制度的最重要载体。与此相反,战后由习惯程序所产生的国际法新规则、新制度较为少见,重要且为国际法学者公认的也许只有大陆架和专属经济区等为数不多的几项,并且它们已载入到已经生效的有关国际公约中,成为了成文法规范。

3. 条约已成为新的习惯国际法规则产生和形成的重要媒介。一项条约规则,可能由于很多第三国认为它是应当或必须依循的规则,而在一个相当长时期内反复实行,从而成为习惯法规则,并对第三国产生拘束力。这种成文法规则通过习惯程序演变为不成文法规则的过程已被国际法院视为是使国际法新规则有可能形成的公认方法之一。事实上,战后新产生的大多数习惯国际法规则,或者是由条约规则发展而来,或者是经由多边条约“凝结”为法律的。可以设想,如果没有条约规则的存在,相应的习惯规则可能要再经过很长一段时间才能产生,或者根本不会产生。上述一点从侧面凸现了成文国际法在国际法渊源中重要性的增加。

总之,一方面是传统的习惯法规则不断被编纂成条约法典,另一方面是新的国际法原则、规则和制度大多需经由条约产生,这种国际法朝成文法发展的一般趋势值得我们认真研究和对待。

二、国际法向成文法发展的动因

国际法缘何会向成文法发展,对这一问题的探讨是本文的一个重心。要解答这一问题,必须先从习惯国际法的缺点和条约国际法的优点谈起。

习惯国际法作为不成文国际法即使不是惟一的,也是基本的组成部分,它与国内法中的不成文法一样,具有自身难以克服的内在缺陷。

1. 习惯法规范内容的不充实、不系统、不精确。国际习惯就其性质而言只能提供一些需要遵行的指导路线一类的基本法律原则,其内容往往过于一般、抽象和空洞,即使是发展得较为充分的习惯法规则也经常是不精确、不具体的。同时,国际习惯一般是建立在孤立的、没有事先协调的国家实践基础之上的,它提供的只是单个的规则,不可能藉此产生一套系统、连贯的法律制度。此外,习惯法规范的不充实、不系统也表现在它无法提供一套相应的法律体制来确保有关行为准则的履行。一言以蔽之,习惯国际法只适合于一些不需要具体、精确规范的领域,而对于需要精确、具体、系统加以规范的国际法领域则几乎无能为力。

2. 习惯法规范确立时间、内容和适用范围的不确定、不明确。国际习惯是在各国重复、类似的单边行为而伴随着法律确信的基础上形成的,何时形成了通例,何时具备了法律确信,这些都不是明确的事情;一项习惯法规范究竟是否约束某一国家,也往往存在争议。尤其是,要从国家实践中抽象出一般规则的内容,并为绝大多数国家所接受,这是一项十分艰巨的任务。习惯法的上述缺点在很大程度上导致了法律的不可预测性,这是许多国家不愿将案件提交司法或仲裁解决的一个主要原因。

3. 习惯法规范确立过程的相对长期性。国际习惯的形成究竟需要多少时间,在国际法上并没有一定之规,这要取决于所涉主题的性质,尤其要取决于国际关系频繁和密集的程度。不过,从总体上看,国际习惯的形成是需要较长时间的,正如《奥本海国际法》一书的作者所指出的:“习惯通常是法律规则形成的比较缓慢的过程,因为有关实践要有发展的时间,而且往往只在一定时间之后,实践才产生必要的法律确信。”^[2](第 18 页)那种认为不需要国家实践、单凭法律确信即能产生国际习惯的“即时的国际习惯法”概念,已受到广泛的批评。

4. 习惯法规范在某种意义上只是大国和强国的创造物。不惟传统的习惯国际法规则只是“欧洲中心主义”的产物,而且,大国和强国在新的习惯国际法规则的形成过程中仍将发挥主导作用。国际习惯的形成过程,往往是从较有影响的国家的实践开始的,一些弱小国家不是因为这种实践对自己有利,或出于必要的法律信念,而是迫于大势所趋才不得不默认或仿效这种做法。另外,某些大国对其他大多数国家所从事的实践的异议或反对,也很可能阻止在有关领域产生国际习惯。国家之间在国际习惯确立过程中的不平等影响力在新的历史条件下已严重地制约了它的发展。

另外,由于国际习惯是建立在已有的国家实践基础之上的,这注定它无法在某些需要预先加以规范的人类活动领域提供前瞻性的法律制度。

这里需要指出,作为不成文国际法另一组成部分的一般法律原则——假使它能构成国际法的一项独立渊源的话——也同样存在这些缺陷,在大多数方面其缺陷表现甚至更为突出、更为明显。下面将探讨条约国际法的优点。

“在严格意义上成文的国际法仅仅指的是正在生效的国际条约”^[3](第 40 页)。与习惯国际法相比,条约国际法具有一些内在的优点,可以说,习惯国际法所缺乏的也正是条约国际法所具备的。

1. 条约规范相对精确、具体、系统。条约是各国政府在法学家的帮助下经过较为长期的外交谈判,或是在国际法委员会等国际机关精心准备的草案基础上缔结的,其精确性自不待言,它在传递一般的国际行为标准方面因而较习惯法规范要有效、可靠。条约是各国合作处理国际事务的工具,为确保有关的权利得到行使,相关的义务得到履行,为保证违约的行为受到有效的制裁,条约规则一般远较习惯规则具体。再就条约的系统性而言,它不仅可以提供支配某一事项的规范体系,而且只要缔约方愿意,也可以创立使有关行为标准得到切实履行的法律制度。当然,条约规范的精确性、具体性、系统性只是相对的事项,在国际法的一些新领域,或是在各国利益和价值冲突比较尖锐的一些领域,所产生的某些条约规范也难免模糊、空洞和一般。

2. 条约规范在成立程序、内容和效力范围等方面具有确定性。条约是国家之间的书面协议,条约何

时缔结、何时生效、何时废止,条约拘束哪些国际法主体,各缔约方从条约享有哪些权利、负担哪些义务,需要遵守什么样的行为标准,一般情况下条约都已载明。条约的这一特性使它免除了为确立一项国际法规则是否存在及其确切内容而到处寻找证据的艰巨工作,减少了法律适用时的不可预测性,能够增强国际法的有效性和权威。

3. 通过条约程序创立国际法规范的过程相对较为快速,并且藉此可以提供前瞻性、预防性的法律规章。既然所谓的“造法性条约”是各国在外交会议上,或是在国际组织的框架内经过面对面谈判而缔结的,国家参与条约的谈判和缔结过程,其意图便是要创设相互间的权利和义务,或制定一般的国际行为准则,那么,通过这一集中的、有组织的程序创立国际法规范的过程在一般情形下显然比通过国家实践确立习惯规范的过程要快。从战后半个多世纪已缔结数以百计、且其内容涉及到人类生活各个领域的“造法性条约”的事实看,这一结论当不过分。当然,仅是从总体上来看才是如此,某些单个的习惯法规则也可能先于具有同一内容的条约规则而产生,有关专属经济区的法律制度就是一个明显的例子。

4. 通过条约创立国际法规范的程序是一种相对“民主”的程序。在议定和通过条约约文的过程中,一般而言每个国家都只有一个投票权,它们也都只受自己同意的条约规范拘束,除非该条约规范是重述现行的习惯法规则,或已转化为一项习惯法规则。因此,与习惯造法相比,通过条约创立国际法规范的程序更符合国际法上的国家主权平等原则。

综上所述,作为成文国际法的国际条约与作为不成文国际法基本组成部分的国际习惯两相比较,前者的确在许多方面具有后者无法代替的优点。但是,如果仅停留于此,国际法向成文法发展的动因问题仍不能说已获得完满解决。否则,我们将难以回答,为什么在漫长的历史时期内,不成文国际法都在国际法渊源中处于绝对优先地位,而只有在 20 世纪以降尤其是二战后以来国际法向成文法的发展才成为一种潮流、一种趋势。显然,在此问题背后另有更深层次的原因。经过探求,笔者认为促使这一现象发生的更深层次原因在于:国际社会结构的变化、国际社会组织化程度的加强以及国际法向水平和垂直两个方向的发展。

二战后,国际社会结构发生了革命性的变化,主要由新独立国家组成的第三世界崛起成为国际舞台上的一支重要力量,没有它们的积极参与,任何重要的国际问题都无从解决。第三世界国家战前一般只是作为国际法的客体存在,它们获得独立自主后一个重要而迫切的任务便是要改变它们未曾参与创造的、不合理的旧的国际法律秩序。为此,它们提出了一系列新的、能体现它们利益和价值的法律主张和要求,并力求将这些主张和要求上升为具有一般拘束力的国际法原则、规则和制度。显然,它们达成这一目标的理想工具只能是条约,因为国际习惯的缓慢形成过程是不能满足快速实现法律革新的要求的。此外,对于渴求能平等参与国际造法事务而又珍惜自己的主权与独立的第三世界国家来说,条约造法程序因较习惯程序更符合国家主权平等原则自然也就更为它们所看重,正如凯斯特纳达(J. Castaneda)所指出的,新国家“所喜欢的创立国际法的方式是普遍性会议,在会议上所有国家,不论是旧国家,还是新国家,不论是大国,还是小国,都能在平等的基础上参与。习惯——即主要是大国的实践,在海洋法领域尤其是如此——不被视为是创立法律规则的主导力量”^[4](p. 133)。事实上,第三世界国家作为战后国际法编纂与逐渐发展运动的主要推动力量,它们通过多边国际公约尤其是编纂性条约以及联大决议的形式部分达到了重塑国际法律秩序的目标。

除国际社会结构变动的影响外,国际法的水平扩展和垂直深化也促进了其自身向成文法发展。在国际法的水平扩展方面,新产生的许多国际法领域需要及时地予以规范,另有一些领域在国家尚未从事该领域的实践以至获得实质重要性以前,就需要创立相关的法律制度,例如,为避免对全球环境造成灾难性的后果,需要预先制定预防性的国际规章;为合理利用人类共同遗产,需要在大规模开采共同资源前创建有效的法律框架。基于上面已提到的某些理由,国际造法的习惯程序在这两个方面都几乎无能为力,能较好承担这些任务的是多边国际公约。再就国际法的垂直深化而言,随着国际法从强调不作为的“共处法”向强调作为的“合作法”的演进,一方面,传统的国际法原则、规则和制度需要更精确地加以制

订和系统化,并视国际社会的新需要逐渐地加以发展;另一方面,新的国际合作法领域如贸易、发展、环境、人权、邮政、通讯等广大领域不仅需要一套更明确、更具体、更系统的实体规范,并且也需要制订一套相关的法律制度来确保有关的行为标准得到有效的履行。所有这一些,都只能靠国际条约提供,而非国际习惯所能胜任。

如果说国际社会结构的变动和国际法的自身发展为国际法的成文化提供了内在动力,那么如雨后春笋般增长的政府间国际组织则将这种动力化为外在的行动。联合国及各专门机构战后 50 余年间发起和组织了大量的造法性国际会议,在此基础上缔结了数以百计的造法性条约,它们大大丰富了国际法的内容,促进了国际法的发展,有学者因而将这种由国际组织主持下进行的缔结多边条约的程序和结果称为“国际立法”。可以预言,随着国际社会组织化程度的进一步加深,国际法向成文法发展的趋势可能也会有所加速。

总之,促使国际法向成文法发展的因素是多种多样的,笔者将之概括为两个方面:一方面,国际条约具有国际习惯所不具备的潜在的优点,它的造法速度比国际习惯更快,所由形成的国际法规范更精确、具体、系统,也更符合所有国家在平等基础上参与塑造国际法律秩序的要求;另一方面,国际关系和国际法的发展为条约发挥其在调整国际法主体间关系方面的作用创造了广阔空间,而相应却给国际习惯带来了某种程度的危机。正是以上两个方面多重因素的相互作用、相互影响,国际法向成文法的发展才成为一种潮流、一种趋势。

三、国际法向成文法发展的前景

国际法向成文法发展的前景究竟如何?国际法能否完全地实现成文化?国际习惯会丧失其作为国际法主要渊源的地位吗?首先必须承认,“国际共同体的发展方向与一般法律共同体一样,由习惯法体制向成文法体制发展”^[5](第 203 页)。这意味着,国际法向成文法的发展是符合国际社会发展的一般趋向的,国际条约取代国际习惯成为国际法的首要渊源是国际社会和国际法发展到一定阶段的必然结果。可以断言,这一趋势将会一直延续下去,成文法在国际社会中所占的比重将进一步增加,而不成文法将进一步萎缩。国际法向成文法的发展将是一个漫长的、也许是永无止境的过程。

1. 国际社会作为法律共同体的特性注定国际法难以达到完全的成文化。国际社会的一个重要特性是缺少集中的立法机关,这一事实本身就决定了国际法的成文化过程是极其缓慢的。同时,国际社会是一个由主权国家组成的分散型社会,各国的利益和价值多种多样,并经常冲突。在这种情形下,国家间谈判和缔结国际条约的工作无疑是一项艰苦和长期的工作,而且并不是在任何时候、就任何主题都能达成书面协议,甚至在有着充分的国家实践和先例的领域也是如此。因此,国际社会的属性为不成文法的存在留下了较为广阔的空间,在成文法未能覆盖的国际法领域,必须靠不成文法来调整和规范国际法主体之间的关系。

2. 国际习惯将长期是一般国际法的主要渊源。与条约相比,国际习惯在造法方面虽有许多缺陷,但有一项优点却是条约所无法比拟的,那就是,经由国际习惯形成的国际法规范具有普遍的拘束力。与之相反,大多数条约规范可适用的效力范围都存在较大的局限性。因为根据一项久已确立的习惯国际法原则,条约只拘束同意受其拘束的国家,而在价值、利益均呈多元化的国际社会,无论各国之间如何妥协,如何平衡,所缔结的条约也不可能满足所有国家的利益和价值要求,那些切身利益和基本价值观念没有在条约中得到反映的国家自然会选择停留在条约之外从而不受其拘束。从国际生活的现实看,除《联合国宪章》等少数几项条约外,其他现行有效的多边公约的参加国数目都尚未达到联合国成员国的半数,而且一些条约的适用范围还为许多国家施加的保留所限制。因此,为建立和维持一种普遍性的国际法律秩序,国际社会仍不得不依靠不成文国际法;在存在条约规范的领域,习惯规范也仍未丧失其独立存在的价值,它将持续支配未批准相关公约的国家之间,以及非缔约国与缔约国之间的关系。

3. 新的习惯法规范仍有产生和发展的较大余地。如前文所述,国际习惯形成所需时间的长短,主要取决于国际关系频繁和密集的程度。随着国家之间交往的紧密化和国际社会组织化程度的加深,某些领域有可能在较短的时间内就会形成习惯法规范。这就在一定范围内克服了习惯法形成缓慢的缺陷,在一定程度上给习惯造法带来了生机和活力。同时,一些多边条约或联合国大会决议所载的国际法规则经过多数国家“包括那些利益特别受影响的国家在内”的反复实践,最后能够演变为习惯法规则。这种演变来的习惯规则不仅能独立于相应的条约规则存在,而且其价值显然高于后者,它的适用效力范围一般要较前者为宽。此外,在各国难以达成书面协议的某些人类活动领域,由一些国家率先在某些事项上从事的实践活动因为符合其他国家的利益和需要,从而为其他国家所接收和仿效,在此基础上也可产生习惯国际法规则。

综上所述,在国际法向成文法发展的总趋势下,不成文法在国际法中所占比重比在国内法中仍然要大得多,它所调整的国际关系领域仍很广泛,新的习惯国际法原则、规则和制度也仍处在不断的形成和发展当中。总之,既然国际社会是一个分散化的社会,既然国际社会的组织化程度远未达到使法律完全实现成文化的程度,那么,国际习惯就仍将构成国际法的一个重要渊源,尤其是一般国际法的一个主要渊源,成文国际法和不成文国际法因而将长期是一种相互配合、相互补充、相辅相成的关系。

参 考 文 献

- [1] THIRLWAY H W A. *International Customary Law and Codification* [M]. Leiden: A. W. Sijthoff, 1972.
- [2] [英] 詹宁斯,瓦茨. *奥本海国际法(第九版): 第一卷第一分册* [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995.
- [3] [德] 鲁道夫·伯恩哈特. *不成文国际法, 当代联邦德国国际法律论文集* [C]. 北京: 北京航空航天大学出版社, 1992.
- [4] DANILENKO Gennady M. *Law-making in the International Community* [M]. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- [5] [韩] 柳炳华. *国际法: 上卷* [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.

(责任编辑 车 英)

International Law Tendency towards Lex Scripta

JIANG Wen-zhong

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography JIANG Wen-zhong (1969-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in international law.

Abstract Since the 20th century there is a tendency that international law has been gradually developing into a lex scripta. The tendency arose from that the international treaty and its procedure of law-making as a lex scripta can meet the requirements of the developments in international relations and international law. However, the International Lex non scripta will be still an important part of international law, though the tendency is on the rise.

Key words international Lex scripta; international Lex non scripta; tendency of international law towards lex scripta