

国际惯例与国际习惯的概念界分及现实考察

翟 仲*

摘 要：由于翻译用语和不同学科概念使用的问题，国际惯例与国际习惯的概念界分有时并不明确。在国际公法领域，国际惯例是不具备任何法律效力的“通例”；国际习惯是国家间具有法律确信的不成文实践，是正式的国际法渊源。但早期的国际公法学界经常混淆国际惯例和国际习惯的用语和概念。在国际私法领域，国际惯例和国际习惯皆指不具有法律确信的商事惯例。在国际经济法领域，国际惯例和国际习惯的用语表达大致等同于国际私法中的概念表述，主要是指国际经贸关系中的商事惯例。国际私法中的国际惯例可以通过纳入合同从而在当事人之间发生法律效力。在国际私法的仲裁和司法实践中，出现了国际惯例独立于当事人意志适用的现象，导致国际惯例的适用日趋接近于法律规范。虽然这并非意味着在国际私法领域国际惯例已获得同国际习惯一样的法律地位，但是国际惯例“扩张化”适用的趋势也揭示了国际惯例独特的适用路径及其隐含的“准规范效力”。

关键词：国际惯例 国际习惯 通例 国际商事惯例 商人法

长期以来，国际公法、国际私法、国际经济法学界都在不同程度上使用国际惯例与国际习惯这两个法律概念。由于翻译用语不统一，国际惯例和国际习惯往往被交替使用，造成了概念上的混淆。同时，国际公法学界和国际私法学界关于国际惯例的概念和外延存在分歧，导致国际习惯、国际惯例、通例、国际商事惯例等术语的概念界分及其相互关系不甚明晰。就国际私法上的国际惯例而言，其是否属于类似国际习惯法规则的法律规范，还是一项不具有当然法律效力的行为规则，学术界也未达成一致意见。是故，有必要就国际惯例和国际习惯的概念作出界分，探究国际惯例与国际习惯的法律概念和本质特征，并在司法和仲裁实践中进一步对国际惯例的适用进行考察，从而比较准确地揭示国际惯例和国际习惯之间的联系和差异。

一 学术界对国际惯例与国际习惯的用语混淆及其澄清

国际法学者对“international custom”和“general practice”的译法并不统一，导致“通例”“惯例”和“习惯”的概念用语出现混淆。

* 翟仲，华东政法大学国际法学院2019级博士研究生。

（一）“通例”“惯例”与“习惯”

在中文语境中，“惯例”与“习惯”二词的界分是不甚明确的。^①《国际法院规约》中译本将“international custom”译为“国际习惯”，学界也大多遵循这个译法，并将“general practice”和“usage”译为“通例”和“国际惯例”。^②但是，在早期的国内学术界中，也曾出现过截然相反的译法。这种混淆的现象，使“国际习惯”与“国际惯例”以及“通例”“常例”被经常混用，造成了概念上的误解。^③

例如，周鲠生先生认为，按照《国际法院规约》第38条的规定，法院应适用“国际惯例作为通例（一般实践）之证明而接受为法律者”（as evidence of a general practice accepted as law）。这就表明，惯例是各国的一般实践而被接受为法律的。^④劳特派特认为，国际法上的惯例和习惯的区别并非尽如其文本所说明，譬如霍尔说过：“这种习惯从此形成为一个确定的惯例。”^⑤有观点同样认为，习惯具备了“物质要素”和“心理要素”后，就不再是一般的习惯，而转化为具有法律效力的惯例。因此，惯例是法律意义上取得了法律效力的习惯。^⑥上述观点将被普遍翻译成“国际习惯”的“international custom”定义为“国际惯例”，而将普遍被翻译成“通例”的“general practice”定义为“国际习惯”，从而互换了通例和国际习惯的用语。

在国际公法的语境中，由于“通例”和“惯例”常被交替使用，混淆“通例”与“习惯”，也便混淆了“惯例”与“习惯”。国际法委员会在2018年《有关习惯国际法识别的结论草案》（以下简称《草案》）结论9第2段指出，经接受为法律的“general practice”不同于“mere usage or habit”，在没有被接受为法律（法律确信）的情况下，“general practice”不可被认为创立或表达了“customary international law”，它仅仅是“mere usage or habit”。^⑦因此，“通例”便是国际公法领域中的“惯例”，混淆了“international custom”与“general practice”的概念，便是混淆了“international custom”和“usage”的概念。

（二）国际惯例与国际习惯的概念用语

追本溯源，在英文的语境中，“usage”“practice”和“custom”本身的区别有时同样并不明确，且在一定程度上相互包含，但越来越倾向于分属两个截然不同的法律概念，具有各自对应的

① 在中文语境中一般而言，“惯例”和“习惯”二词的语义高度相近，甚至“惯例”比“习惯”更倾向于表达一种有约束力的不成文规则。譬如陈安教授认为，在中国的语言文字和日常生活中，一般说来“惯例”一词的语义、语气和力度均强于“习惯”一词，“惯例”一词似可诠释为“由习惯而形成的规例”。参见陈安：《论适用国际惯例与有法必依的统一》，载《中国社会科学》1994年第4期，第81页。

② 国际公法的语境中，“general practice”的概念也常用“usage”一词表达，二者都表达“通例”或“国际惯例”的意思。有关“usage”和“custom”在国际条约中的标准译法，参见《国际法院规约》第38条第1款第2项，《联合国国际货物销售合同公约》第4条、第8条第3款、第9条第1款、第9条第2款、第18条第3款。

③ 王虎华主编：《国际公法学》（第4版），北京大学出版社2015年版，第18页。

④ 周鲠生：《国际法（上册）》，武汉大学出版社2007年版，第10页。

⑤ [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》（第8版上卷），王铁崖、陈体强译，商务印书馆1971年版，第19页。

⑥ 参见朱学山：《国际经济法的渊源》，载陈安主编：《国际经济法总论》，法律出版社1991年版，第136页。

⑦ See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, A/73/10 (1 April 2018), pp. 138–140.

法律内涵。^①

《布莱克法律大词典》对“usage”的定义是“一种广泛知晓的、惯常的和一致的实践，经常出现在一个特定的行业或交易中”，并援引了美国《第二次合同法重述》关于第219条的观点：“尽管在usage中经常能够找到法律规则，但usage本身并不是一项法律规则，而是事实上的惯行或实践。”^②《布莱克法律大词典》中“custom”的定义是“一种通过普遍的采用和长期不变的惯行从而获得法律效力的实践。”^③可见，《布莱克法律大词典》认为，“custom”和“usage”的关键区别在于“custom”具有法律拘束力而“usage”没有，但二者又都是一种“惯常的实践”。詹姆斯·克劳福德（James Crawford）也认为，尽管这两个词语有时仍会交互使用，但“惯例”（usage）和“习惯”（custom）二词应逐渐分别指向不同的含义。一项“惯例”（usage）应是一项不表示法律义务的通例（general practice）。^④相应地，一项“习惯”（custom）就应是一项具有法律约束力的国际习惯法规则（rule of customary international law）。

有观点认为，在日常生活和语言中，这两个名词常常混用，但在国际法学者的用语中，它们则具有显然不同的意思。如果某种行为的一种明显和继续的惯行是在这种行为按照国际法是必须和正当的这个信念之下形成的，国际法学者就说这是习惯。另一方面，如果某种行为虽然形成一种惯行，但却没有这种行为按照国际法是必须的或正当的信念，国际法学者就说这是惯例。^⑤

在哥伦比亚诉秘鲁“庇护权案”中，国际法院也在其判决中论及了“custom”“usage”和“general practice”之间的关系，认为主张基于这种“custom”的一方必须证明这个“custom”是建立在有效约束其他方的基础之上的。哥伦比亚政府必须证明其所援用的规则符合相关国家一贯和一致的“usage”，并且这种“usage”体现了授予庇护权的国家享有权利，且东道国承担义务。因为，根据《国际法院规约》第38条的规定，国际习惯是作为“通例（general practice）之证明而经接受为法律者”的。^⑥可见，在国际法院的裁决中，将“usage”在国际公法中的含义等同于《国际法院规约》第38条提及的“general practice”，须在具备法律确信的情况下才能转化为“custom”，体现出国际法院倾向于认定“usage”和“custom”是完全不同而又相互关联的两个法律概念。

应当指出的是，虽然学界对于“惯例”和“习惯”二词的内涵存在不同的理解，但持不同译法的学者并不质疑“custom”和“usage”“general practice”本身的区别及其相互关系。^⑦尽管如此，仍有必要对翻译用语的混乱现象作出澄清。有学者曾呼吁，为了避免理论和实务上的混乱，有必要统一“international custom”和“usage”的译法。前者翻译为“国际习惯”，指具有

① 例如，“custom”和“practice”有时也会表达“惯例”的意思。如《跟单信用证统一惯例》的英文名称为“Uniform Customs and Practices of Documentary Credit”。

② See Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary* (Thomson Reuters 2009, 9th edn), pp. 1680–1681.

③ See Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, p. 442.

④ See James Crawford, *Brownlie's Principle of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 8th edn, 2012), p. 23.

⑤ [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》（第8版上卷），王铁崖、陈体强译，第18页。

⑥ See *Colombian-Peruvian Asylum Case (Columbia v. Peru)*, Judgment, I. C. J. Reports 1950, pp. 266, 276–277.

⑦ 有的学者从更广泛的层面上分析“习惯做法”“实践”“惯例”和“习惯”四个词语之间的联系和区别，认为“惯例”是“某一区域、某一领域或某一行业上形成的具有了社会规范效力的习惯做法和普遍实践”，而“习惯”是“由习惯做法、实践和惯例逐渐演化而来的具有不成文法律性质的公认的行为模式”，“习惯”与前3个词的本质区别在于“习惯被接受为法律”。申明：《关于国际法渊源的若干问题》，载《中国国际法年刊》（1991），中国对外翻译出版公司1992年版，第220页。

法律约束力的国际习惯法规范；后者译为“国际惯例”，指尚不具有法律拘束力的通例。^① 为保持与条约官方译本用语的一致，并与通行译法并行不悖，将“custom”翻译为“习惯”、将“usage”翻译为“国际惯例”，可能更符合当下理论研究与实务操作的需要。因此，本文将基于通行译法，将“international custom”译为“国际习惯”，将“usage”译为“国际惯例”，在此基础上探讨并考察二者的概念差异及其适用中的区别。

二 国际惯例及其特征

国际惯例，是指国家间或位于特定地点、行业内特定群体间一般遵守的不成文实践。国际公法上的国际惯例，即《国际法院规约》所规定的“通例”（general practice），是指国家间一般遵守的不成文实践。国际私法上的国际惯例主要是指国际商事惯例，是特定地域内或行业间一般遵守的不成文实践。国际经济法中国际惯例和国际习惯的用语表达大致等同于国际私法中的概念表述，主要是指国际经贸关系中的国际商事惯例。国际惯例是国家或私人主体一般遵守的不成文实践，不具备当然的法律效力。

（一）国际公法和国际私法视域下的“国际惯例”及其区别

国际公法上的国际惯例，即《国际法院规约》第38条所规定的“通例”，是发端于国家间的实践。根据《国际法院规约》第38条第1款第2项的规定，国际法院在审理案件时所依据的国际法的表现形式包括“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者”。《国际法院规约》的这种表述方式，强调了这个国际法渊源的实质要从国家的实践中去寻找。^② 是故，国际公法学者将“通例”认定为国际习惯的“社会学的因素”^③，“客观的因素”^④，“物质因素”^⑤和“物质要素”^⑥。

不过，国家间的国际惯例往往是国家出于国际礼让和互惠原则的需要自愿做出的友好行为，而非调整国家间关系的法律规则。海上表示礼仪的相互敬礼和赋予外交车辆某些停车特权的行为，就是国际惯例的体现。^⑦ 当然，如果一项惯例被各国出于法律义务感而接受为法律，则这项惯例就被确认为国际习惯法规则。

值得一提的是，在国际公法领域，政府间国际组织在某种意义上也能成为国际惯例的行为主体。不过，政府间国际组织并不能参与一切“通例”的形成，因为政府间国际组织作为国际法主体的资格来源于国家主权的让渡，其权利能力和行为能力也当然地受到国际组织约章的限制。可以说，国际公法中的国际惯例主要是指拘束国家间行为的国际惯例。

① 徐冬根：《国际私法》（第2版），北京大学出版社2013年版，第22页。

② See Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law* (London: Addison Wesley Longman, Vol. 1, 9th edn, 1992), p. 26.

③ 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第72页。

④ 王铁崖：《国际法引论》，第72页。

⑤ 周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社2004年版，第63页。

⑥ 王虎华主编：《国际公法学》，第19页。

⑦ See James Crawford, *Brownlie's Principle of Public International Law*, p. 23.

在国际私法领域,学界对国际惯例的定义存在观点分歧。^①我国国际私法学界对于国际惯例的范围没有达成一致意见,有观点认为其仅指国际商事惯例,而另一种观点认为国际惯例包含了强制性规范和任意性规范。^②在这些观点中,占据主流的是第二种观点。譬如,有学者认为,国际惯例的效力分为规范性惯例的效力和合同性惯例的效力。^③还有学者将作为国际私法渊源的国际惯例分为两类:一类是属于法律范畴的国际惯例,具有法律效力,不需当事人选择而必须遵守,如“国家及其财产豁免”;另一类是任意性国际惯例,只有经当事人的选择才有约束力,国际商事惯例就属于这种惯例。^④这种将国际惯例分为“强制性惯例”和“任意性惯例”的观点,在我国国际私法教材中已经广泛出现。^⑤

不过,持此类观点的学者似乎并不能肯定地确认国际私法领域所谓“强制性惯例”的存在,原因大致有3点:

1. 未能甄别一般国际法规范和国际惯例的本质区别。这种观点普遍认为,所谓的“强制性惯例”是“具有直接的普遍约束力的习惯规则”,如“条约必须信守”,“国家及其财产豁免”,“不动产受不动产所在地法律支配”,“一事不再理”等,这些规则就如同《国际法院规约》所称的“通例”并已经被国内立法或国际条约所接受为法律的习惯规则。^⑥将“国际惯例”解释为包含国际习惯或“国际法的一般原则”,“各国法律体系中共有的原则”,使得此处“国际惯例”成为广义上包含了国际习惯和一般法律原则的集合。如果将“国际惯例”定义为具有独特内涵并区别于国际习惯和一般国际法规范的概念,那么纳入这类本属国际习惯或一般国际法规范的规则并将之定义为“强制性惯例”,则容易混淆国际惯例、国际习惯、一般国际法规范、一般法律原则等概念。^⑦

2. 国际私法中事实上大量存在的是“任意性惯例”,很难证明“强制性惯例”的存在。有观点指出,虽然按照广义的分类来讲,国际惯例不仅包括具有法律拘束力的习惯,而且包括尚不具备法律拘束力的“通例”,但在国际私法领域中,被各国及当事人认可具有法律约束力的国际习惯是不多见的。如在冲突法领域,长期以来虽然也形成了不少习惯做法,如“合同的法律适用,依当事人意思自治原则”,“不动产权适用不动产所在地法”,“当事人权利能力适用当事人属人法”等,但这些规则不具有普遍的法律约束力,不是国际习惯,而大量存在的是不具备强制性和普遍法律约束力的“通例”,国际私法上的惯例通常指这种意义上的国际惯例。^⑧还有

① 国际经济法领域的国际惯例与国际习惯,分别是国际公法和国际私法上调整国际经济领域的国际惯例和国际习惯的整合,但主要是指国际私法上的国际商事惯例。

② 参见郑远民:《现代商人法理论的提出及其对我国的影响》,载《法学家》2002年第3期,第47页;韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第24—25页;徐国建:《现代商人法论》,载《中国社会科学》1993年第2期。

③ 参见赵秀文:《论国际惯例——兼论我国经济立法与国际惯例接轨》,载《法学家》1996年第2期,第17页。

④ 参见肖永平:《论国际商事惯例在我国的适用》,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期,第73页。

⑤ 韩德培主编:《国际私法》(第3版),高等教育出版社2014年版,第30—31页;赵相林主编:《国际私法》(第2版),中国政法大学出版社2010年版,第18页;黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年版,第60页;徐冬根:《国际私法》,北京大学出版社2009年版,第22页。

⑥ 参见赵相林主编:《国际私法》,中国政法大学出版社2010年版,第18页。

⑦ 如前文中所指“国家及其财产豁免”的规则,很可能是一项各国普遍遵循的一般国际法原则或规则。国际法委员会有关“国家及其财产豁免”的专题报告考察了该规则的法律性质,认为该规则的核心属于“法院地国领土主权原则的一种例外”(an exception to the principle of territorial sovereignty of the State of the forum)或“一项国际法的一般规则或一般原则”(a general rule or general principle of international law),并未提及“国际惯例”。International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*, p. 22.

⑧ 参见韩德培主编:《国际私法》(第3版),第31页;沈涓主编:《国际私法》,社会科学文献出版社2006年版,第17页。

学者认为,国际私法上的国际惯例主要是任意性规范,只有当事人选择才对他们具有拘束力,而国际公法上的国际惯例以“强制性规范”为主,因为其主要规范国家之间的公法关系,而不像国际私法上的国际惯例所规范的主要是私法关系。^①

3. 亦有观点认为,从我国立法和司法实践对国际惯例的观点来看,国际惯例也无法“强制性”地得到适用。国际惯例既不是国际法的渊源,也不是国内法的渊源,也就不是国际私法的渊源。我国的司法实践仅认可国际惯例在当事人选择时得以适用,且仅在当事人双方之间生效,因此国际惯例难以成为法律渊源。^② 如果国际惯例不是我国的法律渊源,那么“强制性”地适用国际惯例就有违法的一般原理。

综上,为了避免概念的混淆并力图用语准确,本文将采取狭义的界分观点,将国际惯例与国际习惯、一般法律原则、一般国际法规范等概念区别开来。采取狭义的分类方法,则国际私法领域的国际惯例是任意性的国际惯例,而在国际经贸领域发挥重要作用的国际商事惯例是国际私法视域下国际惯例最主要的组成部分。

(二) 国际惯例是国家间或行业间一般遵守的实践

在国际公法领域,国际惯例是国家间的一般遵守的实践。《国际法院规约》第38条第1款明确规定了作为国际习惯物质要素的国际惯例应是“一般的”(general)。联合国国际法委员会在《草案》结论8中认为,有关实践必须是一般的,要足够广泛和具有代表性,还必须是连贯的,并不对实践的存续时间做特别要求。^③ 在1951年“英挪渔业案”中,英国不满挪威采取直线基线的方法划定其领海,主张“海湾封闭线不超过10海里”的规则是国际法规则。国际法院驳斥了该主张,认为尽管某些国家在其国内法、国际条约和公约中已经采用了“10海里规则”,但其他国家也采用了不同的长度限制标准。据此,法院认为英国主张的“10海里规则”不是国家间的一般做法,因此该规则不是习惯国际法规则。^④ 值得注意的是,国际法并不排除仅适用于区域间或数量有限的国家间的特别习惯国际法。在1960年“印度领土通行权案”中,国际法院认为,两个国家之间被认为是拘束双方关系的长期持续的实践,也可以构成两个国家双方权利义务的基础。^⑤ 特定地域或某些特定国家之间的一般实践也可形成特别习惯国际法的“通例”。

在国际私法领域,国际惯例是行业间或一定地域范围内一般遵守的实践。《联合国国际货物销售合同公约》第9条第2款规定,惯例在国际贸易上已经被有关特定贸易所涉及的同类合同的当事人广泛知道并为他们所经常遵守。^⑥ 有关判例认为,除非双方当事人明确地约定排除,否则双方当事人之间或者行业中的惯例和习惯做法自动地成为受本公约管辖的所有协议的一部分。^⑦

① 参见单文华:《国际惯例基本理论问题研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第7卷),法律出版社1997年版,第588页。

② 参见杜涛:《国际私法原理》,复旦大学出版社2018年版,第28—29页。

③ See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, p. 135.

④ See *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I. C. J. Reports 1951, p. 131.

⑤ See *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment, I. C. J. Reports 1960, p. 39.

⑥ 参见《联合国国际货物销售合同公约》,第9条,第2款。

⑦ See UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p. 64, para. 9, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf (last visited 1 February 2021).

另有判例认为，第2款要求国际销售合同的一方只需熟悉其营业地所在的特定地理区域内相同特定类型合同的当事人所普遍知晓并经常遵守的那些国际贸易惯例。^① 美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code)第1—205节将贸易惯例定义为“任何习惯做法或交易方式，只要该做法或方式在某一地区、某一行业或某类贸易中得到了经常遵守，从而使人们有理由相信它在当前交易中也会得到遵守”。^② 施米托夫在考察了各国有关立场的基础上得出结论，认为“贸易惯例是商业社会某一特定行业中普遍遵守，而使从事该行业的人都认为其具有约束力的一种交易做法或行为方式。”^③ 因此，无论是“特定地区内普遍遵守的惯例”还是“特定行业内普遍遵守的惯例”，国际私法领域的国际惯例都是“特定群体的人所一般遵守的实践”，那些仅得到部分遵守，或仅在当事人间惯常遵循的习惯做法不是惯例。

由此，可以得出两个结论：

1. 国际惯例的本质是反复一致的行为，决定了国际惯例的表现形式是不成文的。国际惯例的证据主要是指国际权威机构根据国际惯例编撰的标准化文本（以下简称标准文本），包括《跟单信用证统一惯例》《托收统一规则》《国际贸易术语解释通则》《伦敦保险协会货物保险条款》《国际商事合同通则》等，这些文本中所载的规则是商人实践经验的总结，往往包含详尽的权利义务和专业的标准细则，是证明国际惯例存在的重要参考。^④

不过，这样的标准文本并不构成国际惯例的表现形式，原因如下：

(1) 标准文本的制定主体往往并非创造并使用该惯例的特定群体。国际惯例是从事实实践的特定群体所创造的，制定这些标准文本的组织不能构成惯例的“立法者”。^⑤

(2) 标准文本的目的在于统一规则，而不在于反映惯例。古德认为，大多数公约或合同编纂的目的并不是要复制现有的一套普遍采用的做法，而是要在现有做法的基础上，为当前的问题提供最佳的解决办法。^⑥ 穆斯蒂尔也强调，应将包括国际惯例在内的商人法和国际贸易法区分开来，后者的作用在于弥合国内法律的分歧，以便为商业活动建立稳定和统一的基础。^⑦

(3) 标准文本往往并不能纯粹而客观地阐述惯例的内容。古德指出，不可能期待“编纂者”坐下来忠实地复制习惯法规则的说法，特别是在国际层面，因为不同法律体系的规则之间可能存在重大差异。^⑧ 如果标准文本忠实地反映了行业做法的客观现状而不加任何改变，那么编纂的工作几乎就没有了意义，而一旦文本作出了改变，那么又很难称其客观反映了惯例。

① See UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p. 65, para. 12, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf (last visited 1 February 2021).

② 参见单文华：《国际贸易惯例基本理论问题研究》，第599页。

③ C. M. Schmitthoff, *International Trade Usages*, as a special issue of NEWSLETTER of the Institute of Business Law and Practice 1987, p. 14. 转引自单文华：《国际贸易惯例基本理论研究》，第601页。

④ 我国学者一般将这些标准文本视为“成文惯例”，作为国际惯例的组成部分。参见肖永平：《论国际商事惯例在我国的适用》，第74页；左海聪：《国际商事条约和国际商事惯例的特点及相互关系》，载《法学》2007年第4期，第99页；车丕照：《国际惯例辨析》，载《法商研究》1996年第5期，第58页；黄进、胡永庆：《现代商人法论——历史和趋势》，载《比较法研究》1997年第2期，第155—156页。

⑤ See KP Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2nd edn, 2010), p. 262.

⑥ Roy Goode, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, (1997) 46 *International and Comparative Law Quarterly* 1, p. 3.

⑦ Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years”, (1988) 4 *Arbitration International* 86, p. 88.

⑧ Roy Goode, “Usage and its Reception in Transnational Commercial Law”, p. 19.

(4) 标准文本受制于成文形式的限制, 无法准确反映变化中的惯例。国际商事惯例随着商业环境和行业市场的发展而变化很快, 标准文本很难迅速做出调整。

因此, 可以说标准文本最多可以构成对国际惯例的证明, 但无论如何标准文本和国际惯例都存在着本质上的不同。

2. 国际公法领域的国际惯例, 可能构成国际法规范的来源或国际习惯物质要素的证明, 但无法代替现行有效的国际法规范而在个案中适用; 国际私法领域的国际惯例不仅可能构成法律的来源, 还可以弥补法律规定的不足, 和法律并行不悖地适用于个案。

在国际公法领域, 受制于《国际法院规约》第38条对国际法渊源的权威解释, 国际惯例的地位只能是作为国际习惯的物质要素, 而不能代替国际习惯成为独立的法律渊源。

与国际公法中的国际惯例不同的是, 国际私法上的国际惯例既可能构成法律的来源或证明, 也可能补充法律规定的不足, 与法律一同适用于具体案件。原因包括:

(1) 从国际惯例的适用上讲, 与《国际法院规约》第38条对国际法院适用法律的限制不同, 国际商事仲裁庭的仲裁规则一般会赋予仲裁机构适用惯例的权力。例如, 2021年《国际商会仲裁规则》第21条第1款和第2款规定, 仲裁庭可在当事人未就适用的法律规则 (rules of law) 达成一致时, 适用其认为适当的法律规则 (rules of law which it determines to be appropriate), 并考虑双方当事人之间任何合同的规定及任何相关的贸易惯例。^① 这意味着, 当事人和仲裁员可以选择法律规则 (rules of law) 而不仅仅是法律 (law), 一般可以认为这其中包含了国内法之外的非国家法和商人法 (lex mercatoria)。^② 除此之外, 该条第2款规定仲裁庭在考虑适用法律时也应考虑相关贸易惯例, 表明国际惯例既可能作为商人法的组成部分而得到适用, 也可能作为适用法律的考虑因素而适用。

(2) 从国际惯例的范围上讲, 国际私法中国际惯例的内容是广泛的, 可能涉及国际货物买卖、运输、保险、支付等国际商事领域各个方面的操作规则, 因此其内容可能与法律重合, 也可能与法律完全不同。有学者亦指出, 国际惯例不是什么抽象的原则和概念, 而是有具体、明确内容的行业惯常做法或交易习惯; 是平等交易者之间形成的普遍做法。^③ 在“尊重交易习惯和维护正常交易秩序”的理念下, 法官审理案件时, 如果法律 (国内立法和国际条约) 没有相反规定或硬性的不同规定, 法官就会考虑到交易习惯的问题。^④ 大量的案例也表明, 在多数情况下, 法院或仲裁庭在适用商事惯例时并非将其作为法律适用的问题, 而是作为一个有待证明的事实问题。在“通用再保险公司案” (以下简称“再保险案”) 中, 双方未就适用法律产生纠纷, 而是就伦敦保险业市场是否存在一项惯例发生纠纷, 这项惯例涉及在全部保险人认购经修改的保险单之前, 保险经纪人是否享有单方面撤销该保险单的选择权。英国高等法院考察了双方当事人提交的证据后认定惯例存在, 经纪人在合理的时间内是有权撤销单据的。而上诉法院推翻了这个观点, 认为这些证据不足以确立任何有拘束力的惯例。可见, 惯例得以适用的前提是惯例的事实存在, 而意欲证明惯例的存在则需要证据的支撑, 惯例的适用往往是一个事实问题而非法律问题。在法律规定无法全面规范交易行为时, 惯例可以弥补法律的缺陷, 在适用法律的同时一并适用。

① See 2021 *International Chamber of Commerce Rules* (2021 ICC Rules), Art. 21 (1), (2).

② Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice* (New York: Oxford University Press 2017), p. 215.

③ 袁发强:《关于国际惯例的立法思考》, 载《武汉大学学报 (哲学社会科学版)》2004年第1期, 第85页。

④ 袁发强:《关于国际惯例的立法思考》, 第84页。

（三）国际惯例没有当然的法律拘束力

在国际公法领域，调整主权国家间行为的国际惯例不是国际法的渊源，不具备当然的法律拘束力。根据《国际法院规约》第38条的规定，法院在裁判国际争端时所运用的国际法的表现形式只有国际条约、国际习惯和一般法律原则这三种。其中，国际习惯是国际惯例被各国确认为法律的不成文的表现形式，其所承载的规则是国际惯例经由法律确信之后所形成的法律规则。因此，不具备法律确信的国际惯例不能单独证明国际法规范的现实存在及其法律效力，只有国家普遍将国际惯例所载规则纳入条约，或国际惯例所载规则已被确认为习惯国际法规则之时，方能证明国际法规范的现实存在及其法律效力。诚如李浩培先生所言，单纯的重复类似的行为只能是惯例，不具有法律拘束力。惯例被认为具有法律拘束力，就变成了习惯。^①

在国际私法领域，国际惯例是特定群体间一般遵守的实践，亦没有当然的法律拘束力。国际私法上国际惯例的“法律确信”可能体现在行业群体默示受惯例约束、当事人将惯例纳入合同、国家将其纳入条约或法律等途径。只不过，这只是国际惯例取得法律效力的途径，不能证明国际惯例本身具备当然的法律效力。^②

1. 国际私法上国际惯例不具有当然的法律拘束力，直接体现在：

（1）国际惯例的本质是契约性的，国际惯例可以被合同约定排除。如果当事人在合同中明确排除国际惯例的适用，或作出任何不同于国际惯例的约定，该惯例就无法在双方当事人之间生效。例如，在国际贸易支付领域，《跟单信用证统一惯例（2007年修订本）》被普遍认为是该领域内国际惯例的编纂和证明。其第1条规定，本惯例对一切有关当事人均有法律拘束力，但受到信用证中另有规定的限制。^③相似的规定还体现在前述《联合国国际货物销售合同公约》第9条第2款，即推定当事人默示适用惯例无法适用于“当事人另有协议”的情形。^④在“深圳发展银行股份有限公司北京分行（以下简称深圳发展银行）与沙蔓特有限公司（SHAR METAL SCRAP CO. LTD，以下简称沙蔓特公司）国际货物买卖合同纠纷案”中，北京市一中院认为，根据《中华人民共和国民法通则》第142条第3款的规定，鉴于我国法律并未就托收行为作出规定，可以适用国际惯例。该案中，沙蔓特公司发出的托收指示注明依据国际商会第522号出版物《托收统一规则》办理托收手续，沙蔓特公司未在庭审中就此提出异议，深圳发展银行在接受托收指示

① 王铁崖主编：《国际法》，第10页。

② 当然，这涉及到如何定义“法律”，以及如何定义“法律效力”的法理学问题。纵观国内外学术界有关国际惯例甚至现代商人法的效力之争，对其作出“有效”或“无效”的解读往往依赖于学者对“法律”和“法律效力”的理解。有学者认为，如果只以国内法中的法律定义为标准适用到其他的法律秩序中去，则未免过于狭隘。某一类规则虽然缺乏国内法所具有的某些特征，但仍可以被认定为法律，只是与国内法比较起来较为软弱，而从另一方面来讲软弱又是其灵活性的表现。但如果我们以实证主义法学的角度，将法律视为国家制定或认可的，由国家强制力保证实施的，以权利义务的方式调整人的行为或社会关系的社会规范，则似乎不宜将社会自发形成并遵守的规范也定义为“法律”。因此，有学者批评对这些问题的讨论就像“上帝的存在”一样，往往取决于“相信的意愿”；还有学者批评这些讨论的结论是基于“信念而非学术的严谨性”。参见黄进、胡永庆：《现代商人法论——历史和趋势》，载《比较法研究》1997年第2期，第152页；沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第31—34页。See CW Fassberg, “Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?”, (2004) 5 *Chicago Journal of International Law* 67, p. 68; R Michaels, “True Lex Mercatoria: Law Beyond the State”, (2007) 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 447, p. 448.

③ 参见《跟单信用证统一惯例（2007年修订本）》第1条。

④ 参见《联合国国际货物销售合同公约》第9条第2款。

后亦未作出拒绝的意思表示，法院由此认为双方当事人同意依照国际商会第 522 号出版物《托收统一规则》办理托收手续，因此该案适用《托收统一规则》的规定。^① 若当事人未就《托收统一规则》的适用达成默示协议，则《托收统一规则》无法适用于该案。虽然该案中《托收统一规则》是成文化的行业规则，并非国际托收行业真正的不成文的惯例，但鉴于《托收统一规则》是不成文惯例的证明，其至少可以反映适用国际惯例时不能违背当事人的真实合意。

(2) 国际惯例可以被当事人之间的惯常做法排除。如前所述，《联合国国际货物销售合同公约》第 9 条第 1 和第 2 款分别规定了当事人之间的惯常做法和交易惯例的适用。在“特里巴赫公司诉阿勒格尼技术公司案”中，原被告就碳化钽的买卖合同中“寄售”(consignment)一词的理解发生纠纷。卖方提供了之前买卖双方交易过程的证明，证明双方交易中的“寄售”意味着买方应偿付所有经送达的碳化钽。上诉法院经审理认为，该案适用《联合国国际货物销售合同公约》第 9 条的规定。该案中买卖双方在 1993 年至 2000 年间签署了一系列供应化合物的合同，在双方交易中的特别惯例和当事人之间有关术语条款解释的一般惯例发生冲突时，是双方交易中的特别惯例而非后者决定了术语的涵义，否则对《联合国国际货物销售合同公约》第 9 条第 2 款的解释会让第 9 条第 1 款无效，因为双方将不被任何“已在双方成立的任何习惯做法”(any practices which they have established between themselves)所约束。^② 可见，双方当事人之间的惯常做法在当事人之间具有优先于行业惯例适用的效力。

(3) 适用国际惯例不得违反法律的强制性规定和公共秩序。我国《民法典》第 10 条规定，处理民事纠纷应当依照法律；法律没有规定的可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。^③ 有学者认为，应当将此处的“习惯”解释为包含国际惯例。^④ 我国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条规定，中国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。^⑤ 不过，在当事人选择国际惯例的前提下，国际惯例优先于法律的任意性规定而适用，这时国际惯例将作为明示或默示的合同条款优先于法律的任意性规定；在当事人未选择国际惯例的前提下，国际惯例也可能得到适用，但其效力低于我国法律的任意性规定。^⑥

2. 虽然国际惯例没有当然的法律拘束力，但国际惯例可以通过如下途径获得法律效力：

(1) 国际惯例被纳入契约，从而被法律认可具有法律效力，也即有观点所指出的“间接途径”。^⑦ 商事惯例在国际上被长期反复使用，具有确定的内容，可以用于确定交易当事人的权利义务关系，构成当事人交易行为的准则。^⑧ 当事人一旦选择适用国际惯例或国际惯例所载规则中的特定部分，惯例所载的规则被纳入当事人合同的具体条款中，就可以拘束当事人的行为。但此时，关于适用国际惯例的合同条款的效力来自于国内法的规定，并非来自于惯例本身。

① 参见北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第5759号民事判决书。

② See *Treibacher Industrie, A. G. v. Allegheny Technologies, Inc.*, U. S. [Federal] Court of Appeals for the Eleventh Circuit, No. 05-13005, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html> (last visited 8 February 2021).

③ 《中华人民共和国民法典》第 10 条。

④ 参见车丕照：《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国的适用》，载《中国应用法学》2020 年第 6 期，第 7 页。

⑤ 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 4 条。

⑥ 我国《民法通则》第 142 条第 2 款规定，中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。这意味着在当事人未做选择的情况下，国际惯例作为国内法律的补充规则予以适用。

⑦ 肖永平：《论国际商事惯例在我国的适用》，第 74 页。

⑧ 韩德培主编：《国际私法》(第 3 版)，第 31 页。

(2) 国际惯例被纳入法律, 从而转化为法律规则以获得当然的法律效力, 也即有观点所指出的“直接途径”。^① 国际惯例被纳入法律的途径可进一步作如下分类:

①按照被纳入法律性质的不同, 可以分为纳入国际法规范与纳入国内法规范。例如, 前述《联合国国际货物销售合同公约》第9条第2款就规定了惯例在本公约中的适用方式; 我国《海商法》第268条规定, 中国法律和中国缔结或者参加的国际条约没有规定的, 可以适用国际惯例。这时, 国际惯例的法律效力是国际条约或国内法所赋予的。

②按照纳入的方式的不同, 可以分为对惯例实质上的采纳和对惯例形式上的采纳。对惯例实质上的采纳, 是指国际惯例所载规则被转化为国内法或国际法的规则。例如, 我国《海商法》第51条有关承运人免责事项和归责原则的规定基本参考了《海牙规则》和《海牙——维斯比规则》的有关条文。《海牙规则》和《海牙——维斯比规则》中有17项内容可使承运人免责, 与我国《海商法》第51条规定的12项免责, 虽然数量和表述有所不同, 但包含的内容并无实质意义上的不同。^② 对惯例形式上的采纳, 即直接规定一般意义上的“惯例”得以适用的条件。例如, 1981年法国《民事诉讼法典》第1496条规定, 仲裁庭适用于合同的法律是当事人选择的法律规范; 在无这种选择时, 适用它认为适当的法律规则; 同时规定在任何情况下, 仲裁庭都应考虑到商业惯例。^③ 有观点认为, 该条认可了基于商人法或其他非国家法而做出的法国或外国裁决, 即便当事人并未同意适用这些渊源。^④ 实质上采纳国际惯例的途径本质上依然是法律规则的调整, 不涉及国际惯例本身的效力。相比之下, 形式上采纳惯例的途径有可能赋予国际惯例规范上的法律效力, 因为在这种情况下, 适用惯例的规则被纳入了法律规定, 从而使得不成文的国际惯例可能将发挥类似于法律渊源的作用。戈登曼认为, 这使得当事人即便选择了国内法作为合同准据法, 仲裁庭也可以同样依据“一般法律原则”和贸易惯例进行裁决。^⑤ 这时, 国际惯例的适用就可能超出契约性的限制, 由法律赋予了其规范效力。

综上可知, 国际惯例是国家间或特定群体间惯常遵守的不成文实践, 国际惯例并没有当然的法律效力。其中, 国际公法上的国际惯例不是法律渊源, 不具有任何法律效力; 国际私法上的国际惯例可以在满足一定条件下取得法律效力, 而如果法律对国际惯例作为整体的适用作出了规定, 那么国际惯例可能成为拘束任何不特定当事人的准法律渊源。

三 国际习惯及其特征

《国际法院规约》第38条并未对国际习惯的概念作出定义。国际公法学界普遍认为, 国际习惯是主权国家之间经法律确信的不成文实践, 是国际法的正式渊源之一。国际私法上很难说存在与国际公法上的国际习惯类似的“国际习惯”, 国际私法中的习惯性规范更多是指国际商事惯例。

① 肖永平:《论国际商事惯例在我国的适用》,第74页。

② 参见司玉琢主编:《海商法》,法律出版社2003年版,第154页。

③ 郑远民:《现代商人法理论的提出及其对我国的影响》,载《法学评论》2002年第3期,第46页。

④ See Ole Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", (1985) 34 *International and Comparative Law Quarterly* 747, pp. 756 - 757.

⑤ See Berthold Goldman, "The Applicable Law: General Principles of Law - the Lex Mercatoria", in Julia Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Dordrecht: Springer, 1987), p. 118.

（一）国际公法与国际私法领域“国际习惯”的区别

国际公法上的国际习惯即《国际法院规约》第38条所述之国际习惯，是国际法的三种正式渊源之一。有观点将国际习惯定义为国际交往中国家之间的“通例”的实践，即“被各国接受为法律而形成的不成文的国际法的表现形式”。^①王铁崖先生曾将国际习惯囊括在“广义的惯例”和“狭义的惯例”这两对概念中，认为狭义的“惯例”专指“习惯”，而广义的“惯例”则包括“习惯”在内——外交文件上所用的“惯例”一词可能既包括有法律拘束力的习惯，即狭义的“惯例”，也包括尚未具有法律拘束力的“惯例”，即《国际法院规约》第38条第1项（丑）款所指的“通例”。^②不过，王铁崖先生又认为“惯例”应指“一向的做法，常规”，因而不具有法律的效力。^③这反映了在国内国际法学界（特别是早期学界）中，对国际惯例和国际习惯的用语曾出现过混用的现象。但国际公法上的国际习惯指的是国家之间具备法律确信的不成文实践，也即《国际法院规约》第38条表述之国际习惯，对此国内外学界普遍是认同的。

国际私法上是否存在所谓的“国际习惯”是值得商榷的。如果国际私法中的“国际习惯”是指国家之间在国际民商事关系中具备法律确信的普遍实践，那么这样的“国际习惯”本质上就与国际公法上的国际习惯无异。倘若存在国际私法上的“国际习惯”，其应当为国际民商事关系中民事主体之间的行为规则。有观点认为，国际私法上的“国际习惯”是商人间取得法律确信的惯例。例如，有观点认为，国际商事习惯是国际商事主体确认为法律，或对其有法律确信的商事惯例，既然当事人将视其为有约束力的法律规则，则一方违反国际商事习惯将承担民事责任。但如何判定何种国际商事惯例具有法律确信而成为国际商事习惯，是一个困难的问题，因为商事主体在遵守惯例和习惯时，通常并不考虑其是惯例还是习惯，而是同样遵守。^④如果从习惯法诞生的历史来看，在国际私法领域，跨国商法和海事法中的确存在着行业主体之间不成文的习惯规则，这种规则也是所谓商人法（*Lex Mercatoria*）和海商法（*Lex Maritima*）的传统组成部分。在中世纪时，这些规则独立于政治实体的立法机制，即便被编纂成文，仍旧体现着商人和海员们的惯例。他们之间发生的纠纷，将会交由相关行业界遴选的仲裁庭处理。^⑤可见，国际私法上的“国际习惯”与国际公法上的国际习惯有明显的不同。国际私法上的“国际习惯”，是指跨国商事领域内一定群体之间一般遵守的习惯规则，其本质上仍属于国际商事惯例，只不过相比单纯的惯例或惯常做法（*mere usage or habit*），这种习惯更加强调整商人内心的法律义务感（*legal sense of obligation*），将这种习惯视做内心中的法律来遵守。

问题是，是否一旦商人们对一项惯例具备了这样的法律确信，这项惯例就可以作为具有当然法律拘束力的习惯法呢？应指出，这样的“国际习惯”最多只能是在当事人之间生效的国际惯例，而并非类似于《国际法院规约》第38条所规定的作为正式法律渊源之一的国际习惯。之所以产生这样的区别，是因为这两者所需之“法律确信”的内在机理和表现形式完全不同。对于国际商事惯例而言，如果行业普遍将其确认为法律，那至多只能说明惯例的客观存在，而规制跨

① 王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》2017年第1期，第15页。

② 王铁崖主编：《国际法》，第10页。

③ 王铁崖：《国际法引论》，第68页。

④ 参见左海聪：《国际商事条约和国际商事惯例的特点及相互关系》，第98页。

⑤ See David Bedermen, *Custom as a Source of Law* (New York: Cambridge University Press, 2010), pp. 117-118.

国商事关系的法律制定权仍属国家，行业无法通过自认规则而“立法”；如果只是交易双方确认其为法律，那么其便是在交易方之间生效的惯常做法或商事惯例，不能像法律一样当然地约束第三方交易人。相比之下，国际公法中国际惯例的行为主体是主权国家，主权国家同时亦属于国际法的制定者和实践者，国际习惯需要满足的法律确信可以直接地通过国家普遍地将国际惯例所载的规范确认为法律规范的形式表现出来，这样一来国际惯例一经法律确信便转化为国际习惯法规则。因此，国际公法与国际私法所指的“习惯”似乎存在本质区别，国际公法上的国际习惯属于国际法的渊源，和国际公法上的国际惯例是截然不同的两个概念；国际私法上未必存在相应的“国际习惯”，国际私法上的习惯本质上仍然属于国际惯例。

（二）国际习惯的行为主体包括主权国家和国际组织

《国际法院规约》第38条第1款并没有说明“通例”的主体，但应指的是国际法主体，包括主权国家和国际组织。无论是从历史发展还是从构成规范的角度上讲，国家实践都是国际习惯的本质要素之一。国际习惯来源于国家实践，国际习惯要从国家实践中去寻找。有学者认为，当实践中的行为方式满足了国际法中习惯法的构成要件时，就会成为一个国际法规则。在19世纪之前的历史时期里，现代国际法主要是由建立在欧洲国家实践基础上的习惯法构成的。^①英国学者安德鲁·克拉彭（Andrew Clapham）也认为，由于违反国际习惯需要承担法律上的后果，因此国际领域存在习惯的证据只能是那些国家的实践，要考察和判断各国在国际关系上的具体行为和是否有承认这些行为是法律义务的意思。^②可以说，国际习惯最主要的是调整国家之间的行为规范。

国际习惯也包括国际组织参与的行为。国际组织的行为有可能构成国际习惯，或者对国际习惯的形成和发展起到重要的证据作用。联合国国际法委员会在《草案》报告中指出，国际组织的实践也能够通过形成“通例”再被确认为法律的形式从而成为国际习惯，或者对国际习惯的存在和内容起到类似于证据的作用。^③具体而言，国际组织作为国际习惯的行为主体对形成习惯国际法规则的作用是多层次、多角度的。一方面，国际组织的实践本身可以形成通例而经接受为法律成为习惯国际法规则，或者自动受到某些习惯国际法规则的约束。譬如，国际法院曾就“执行联合国职务时所受损害的赔偿”这一问题发表过咨询意见，认为作为国际法主体的国际组织具有国际法律人格，在其宗旨和职能范围内承受国际法上的权利和义务。^④另一方面，国际组织的实践和决议对国际习惯的形成和发展起到证据作用。在“威胁使用或使用核武器的合法性”一案中，国际法院表示在查明一项联合国大会决议是否为一项国际法规则或法律确信的形提供重要证明时，有必要审视决议的内容本身和通过时的具体情形，同样有必要查看是否存在法律确信认为这项决议属于规范的性质。^⑤国际组织在其履行职责和行使职权的范围内受习惯国际法规则的拘束，国际组织的实践和决议也被视为国际习惯形成和发展的重要证据。

① 贾兵兵：《国际公法：和平时期的解释与适用》，清华大学出版社2015年版，第31页。

② 参见〔英〕安德鲁·克拉彭：《布赖尔利万国公法》，朱利江译，中国政法大学出版社2018年版，第35页。

③ International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, A/73/10 (1 April 2018), pp. 130 – 132, 147 – 149.

④ See *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1949, pp. 180 – 188.

⑤ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 254 – 255.

不受国际法直接调整的私人主体无法成为国际习惯的行为主体。个人、非政府组织、跨国公司和非国家武装团体等私人主体不是国际法主体，因此其行为不能形成习惯国际法规则，但可能间接影响习惯国际法规则的发展。国际法委员会在《草案》中指出，国际红十字委员会有关尊重国际人道法的呼吁和备忘录，可能会在塑造国家应对这些声明的国际实践中起到重要作用，但这些都不得代替国家实践而成为国际习惯用以确认法律效力的通例本身。^① 在“航行权利和相关权利”一案中，国际法院在确认当事国双方之间是否存在有关自给性捕鱼的权利的习惯国际法规则时，认为此类实践从其性质而言，特别是考虑到地区偏远、人口稀少且分布松散，不太可能以任何官方形式记录。尼加拉瓜不能否认源于长时间未受干扰和质疑的实践的权利的存在，这一点是显而易见的。法庭据此认为，哥斯达黎加享有此项习惯国际法上的权利。^② 因此，私人主体不能成为国际习惯的行为主体，但可以为国际习惯的识别和发展起到间接的印证作用。

（三）国际习惯是一般遵守的国际实践

《国际法院规约》第38条第1款第2项规定，为了查明习惯国际法规则的存在和内容，应查明是否存在公约所规定的“一般实践”（即通例），以及该“一般实践”是否被国际法主体所接受为法律。从习惯国际法的性质或特征可知，普遍的、广泛的、具有代表性的国家实践的存在，是习惯法生成的必要条件。^③ 这表明，国际习惯是国家一般所遵守的。

“一般实践”一词是《国际法院规约》第38条第1款所规定的“general practice”的直译称呼。除“一般实践”和条约中译本的“通例”译称之外，此概念还被翻译成为“一般惯例”“一般惯行”等。但不论译称为何，正如国际法委员会所提出的，这个概念强调的是作为国家间“通例”的实践应具有“一般”（general）的特征。^④ 国际法学者一般认为“通例”即国家的实践具有以下几个特征：时间性、连续性、一般性。只有当“通例”具备这些条件才能成为国际习惯的基本要素之一。^⑤ 国际法委员会将“一般”理解为“充分广泛和具有代表性，以及具有一贯性”，且“不要求存续特定的时间”。^⑥ 应当指出，上述观点对国家实践中“一般”特点的理解，都是分别从实践的主体具有广泛和代表性、实践的内容具有一惯性和实践的时间具有灵活性3个特点阐述国际习惯的“一般”特征。

1. 主权国家具有广泛性和代表性。在前述“英挪渔业案”中，国际法院认为英国主张的“海湾封闭线不超过10海里”的规则不具有普遍性，有些国家采取了完全不同的做法，因此该规则并没有被主权国家所普遍采用，据此否认了“十海里原则”是一项习惯国际法规则。^⑦ 国家的代表性取决于实践的性质，尤其是要考察在相关国家实践中利益可能受到影响的国家的实践。

① See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, A/73/10 (1 April 2018), pp. 131 – 132.

② See *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, pp. 265 – 266, paras. 139 – 144.

③ 贾兵兵：《国际公法：和平时期的解释与适用》，第31页。

④ See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, A/73/10 (1 April 2018), pp. 135 – 136.

⑤ 李伟芳：《论国际法渊源的几个问题》，载《法学评论》2005年第4期，第55页。

⑥ See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, A/73/10 (1 April 2018), pp. 135 – 136.

⑦ See *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I. C. J. Reports 1951, p. 131.

在“北海大陆架案”中，国际法院指出，国家实践尤其是那些利益特别受到影响的国家的实践，应是既广泛又统一的。^①国家的广泛性和代表性构成了国际习惯具有一般性的重要考虑因素。

2. 国家实践具备一致性。在“庇护权案”中，国际法院认为主张国际习惯的一方必须证明这个规则构成一个“持续和统一的惯例”(constant and uniform usage)。但法院认为在该案中，行使外交庇护权的国家实践混乱且不一致，在许多个案中国家实践受到政治意愿的强烈干扰，法院很难从中识别任何“持续和统一的惯例”的存在。^②

3. 形成“通例”的国家实践的时间具有灵活性。换言之，一定的时间对于国际习惯的形成没有必然的作用。国际法院在“北海大陆架案”中指出，经过了一小段的时间并不影响一项新的国际法规则的形成。^③马尔科姆·肖认为，国际法对国际习惯的形成并没有附加严格的时间标准，其取决于个案的情况和相关惯例的性质。在某些领域，如国际航空法和外层空间法，规则发展迅速；在其他领域，这项程序可能要慢得多。时间的持续性不是国家实践最重要的组成部分。^④不过，国际法委员会认为，虽然国际习惯的形成并不需要经过一段特别的时间，但并不意味着国际习惯的形成不需要时间。^⑤因此，虽然国际习惯是普遍的实践，但形成国家实践的持续时间是灵活而多变的。

(四) 国际习惯具有当然的法律拘束力

国际习惯与国际惯例的本质区别在于国际习惯是法律渊源，具有当然的法律拘束力。国际习惯取得法律拘束力的原因，在于国际习惯已经被国家接受为法律，即具备“法律确信”的要素。联合国国际法委员会将“法律确信”解释为“该实践必须是出于法律权利或法律义务感而行使的”，并且仅用一句话即道明了法律确信与国际惯例中的动机区别：“接受为法律（法律确信）应与那些不受法律支配的行为动机区别开来，譬如礼让、政治权益或便利：如果该实践仅仅是上述考虑所驱动的，则无法从中识别到习惯国际法规则。”^⑥换言之，如果国家间“普遍的实践”不是国家基于法律权利或法律义务感而实施的，该“普遍的实践”就只是国际惯例而不是习惯国际法规则。国际法院在“印度领土通行权案”中认为，并没有记录表明在领土内准予葡萄牙武装部队和武装警察通过是基于英国以及后来的印度的法律义务感，故而法庭认为给予领土通过许可的权利并不是印度负有的法律义务，因此以往准予通过的实践并不影响国家在法律上的立场。^⑦在该案中，国际法院提及了法律确信对于国际习惯形成的重要性。

不过，证明相关国家具备法律确信并非易事。在圭亚那诉刚果民主共和国“迪亚洛案”中，国际法院认为圭亚那为证明众多的国际条约诸如促进和保护外资的协定和《华盛顿公约》已经

① See *North Sea Continental Case (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, pp. 43 - 44, paras. 73 - 76.

② See *Colombian-Peruvian Asylum Case (Columbia v. Peru)*, Judgment, I. C. J. Reports 1950, pp. 276 - 277.

③ See *North Sea Continental Case (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, pp. 43 - 44, paras. 73 - 76.

④ See Malcolm N. Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 8th edn, 2017), p. 346.

⑤ See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, p. 138.

⑥ International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with commentaries*, pp. 138 - 139.

⑦ See *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment, I. C. J. Reports 1960, pp. 42 - 43.

建立了管控投资保护的特别法律制度，或者这些制度条款已经被投资者和东道国的合同所包含而提供的事实证据，并不能够充分地证明外交保护的习惯法规则正在发生改变，这些事实也可能体现了完全相反的情况。^① 实践中，国际法院已经通过联合国大会的决议来佐证法律确信的存在。譬如国际法院在“西撒哈拉案”的咨询意见中认为，作为人民权利的自决权已经在1960年联合国大会第1514号决议《给予殖民地国家和人民独立宣言》中得到了阐述，该决议阐释了人民自决权的法理基础，并呼吁应立即采取措施加速推进非殖民化进程。^② 总之，只有存在充分的证据证明国家出于国际法上的权利和义务感而进行国际实践时，“法律确信”才得以形成。只有经“法律确信”而被赋予法律拘束力的普遍实践才能成为习惯国际法规则，被确认具有法律上的效力。

四 国际私法领域仲裁和司法实践中有关国际惯例适用的问题

既然国际私法上的国际惯例可能在当事人之间产生法律效力，和法律并行不悖地适用于个案，那么接下来的问题是，在国际私法领域，国际惯例是否已逐步突破其契约性的限制，从“个案效力”拓展至“规范效力”，进而如同国际公法上的国际习惯一样真正成为具备规范性效力的习惯法规则？

一些学者对法院或仲裁庭适用商人法（包含国际惯例）而非国内法进行裁决的热情很高，认为这体现了商人法作为自治法律体系的复归，并认为商人法将成为独立于国内法和国际法的“第三种法律秩序”。^③ 以戈登曼代表的该观点的支持者将商人法描述为“一套一般原则和习惯规则，在国际贸易的框架内自发地被提及或制定，而不涉及特定的国家法律体系”，认为商人法的本质是习惯法，而习惯法是自发形成的，其约束力来源于参与者遵循某一行为的法律义务感，而不是主权国家立法上的承认或当事人合同的选择。^④ 虽然学者们在讨论商人法时，对商人法的内涵和外延的认知并不相同，但他们普遍认可的是国际惯例是商人法的重要组成部分。^⑤ 这些观点阐释了国际惯例独特的另一面，即便是强调国际惯例适用上的契约性限制，也不容否认国际惯例客观上被行业所普遍遵循，甚至成为了“内心中的法律”和“事实存在的标准”。因此，应进一步探讨国际私法领域司法和仲裁机关如何在个案中适用国际惯例，探究国际惯例契约性和事实性的矛盾让国际惯例在多大程度上实现了其“准规范效力”。

① See *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, I. C. J. Reports 2007, pp. 614 – 615, paras. 88 – 90.

② See *Western Sahara*, Advisory Opinions, I. C. J. Reports 1975, pp. 31 – 33, paras. 54 – 57.

③ See KP Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (Netherlands: Kluwer Law International, 2nd edn, 2010), p. 114; AFM Maniruzzaman, “Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, (1999) 14 *American University International Law Review* 657.

④ See B Goldman, “The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria”, in Julia Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Dordrecht: Springer, 1987), p. 116; B Goldman, *Lex Mercatoria* (3 Forum Internationale on Commercial Law and Arbitration, Kluwer, Deventer 1983) pp. 4 – 8, 21.

⑤ 在商人法相关研究领域中，三位权威学者施米托夫、戈登曼和古德对何谓“商人法”意见不一。施米托夫采纳了相对广义的商人法概念，认为商人法既包括国际权威机构编纂的习惯，也包括被广泛接受的商业习惯和实践；戈登曼采取了相对狭义的商人法概念，认为商人法本质上只是习惯法的反映，但同时承认书面编纂的惯例；古德将惯例和书面编纂的惯例最为彻底地区分开来，采取了最为狭隘的商人法概念，认为商人法本质即不成文的贸易惯例。Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, pp. 33 – 34, 39 – 40, 49 – 51.

（一）当事人未选择法律时适用惯例的路径

1. 仲裁裁决和司法实践中，在当事人未选择适用法律，或对适用法律未达成一致意见时，法院和仲裁庭都有可能适用惯例。具体而言，包括两种适用路径：

（1）默示否定选择（implied negative choice）。在当事人分别主张适用不同的法律时，有仲裁庭认为，当冲突规则指向争议一方所在国法律时，推定当事人的意图是避免受到任意一方所在国的法律约束，进而排除冲突规范而适用商人法或国际惯例。在“西屋公司（Westinghouse）仲裁案”中，争议双方并未在合同中约定适用法律，仲裁庭基于国际商会（ICC）仲裁规则第13条第3款决定适用其认为合适的冲突规则所指向的法律。仲裁庭首先基于客观方法，对本案合同法律关系适用最密切联系的检验标准，认为考虑到特征性履行以及所有相关因素，合同的重心无疑在美国，美国法是最密切联系原则所指向的法律。不过，仲裁庭并不止步于此，在检验了客观方法后，进而通过主观方法探究当事人的意图。仲裁庭认为，“没有法律选择条款时必须将其理解为所谓的‘默示的否定选择’，即双方的国家法律都不应强加给对方”，因此仲裁庭最终排除了美国法，并适用“在国际商业界赢得广泛认可和共识的国际合同法规则”，其中包括“商人法的一部分”，同时考虑“相关贸易惯例和《国际统一私法协会国际商事合同通则》”。^①

（2）直接选择（voie directe）。在当事人主张适用不同的法律时，仲裁庭可能认为当事人未就适用法律达成一致，进而直接确认商人法或国际惯例作为其认为合适的法律规则。在国际商会第9875号“日本裁决案”中，争议双方未在合同中约定法律选择条款，分别主张法国法和日本法作为应适用的法律。仲裁庭考察了专利许可协议的条款，审查了销售地、付款货币、特征性履行以及专利许可的地理范围，得出结论认为“很难找到决定性的因素，使日本法律或法国法律适用于合同，这表明选择一个国内法律制度来管辖这样的案件是不合适的”，进而认为“适用于本案案情的最适当的法律规则是商人法的规则，即国际贸易的法律规则和惯例，这些惯例和规则是由国际贸易从业者、协会、国际仲裁庭的裁决和国际机构例如国际统一私法协会（UNDROIT）及其出版的《国际商事合同原则》等阐释的。”^② 有观点认为，该案与前案的区别在于，根据新修订的《国际商会规则》，法庭不必寻找巧妙的方法来规避繁琐的客观冲突规则，而是有权避开客观冲突规则如“密切联系”检验标准而直接诉诸“适当”法律规则的商人法。^③

2. 无论是适用“默示否定选择”还是“直接选择”，都是仲裁庭在当事人未就适用法律达成一致意见时适用国际惯例或商人法作为“准据法”的过程。一般而言，仲裁庭适用此类路径须满足两个条件：

（1）当事人都不愿受任何一方国内法的约束。这将导致仲裁庭行使较为广泛的自由裁量权，适用其认为适合的法律规则。不过，诚如穆斯蒂尔所言，即使双方事实上存在分歧，似乎也没有理由推断双方一致赞成排除所有可能相关的国内法律体系，而代之以只有少数商人所通晓的非国

① See ICC Award No. 7375 of 1996 (*Government of Iran v. Westinghouse*), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=ca%20se&id=625&step=FullText> (last visited 3 February 2021).

② See ICC Award No. 9875 of 1999 (*the Japanese Case*), <http://www.unilex.info/principles/case/675> (last visited 3 February 2021).

③ See Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, p. 217.

家法律体系。^① 所以,这只是仲裁庭适用国际惯例的前提条件。

(2) 相比特定的国家,该案与特定的行业更为相关。这将导致很难证明案情与某一特定国家的法律存在密切的联系,进而促使仲裁庭转而适用国际惯例或商人法。如前述“日本裁决案”中,仲裁庭考虑了专利许可合同条款有关支付货币、生产设施的地点和许可权的地理范围的诸要素,认为很难决定该合同究竟适用哪个国家的法律,而且普遍认可的现象是,对于专利许可合同而言,如果事先未做约定,适用一方当事人的国内法是不合适的。^② 这类似于穆斯蒂尔所提出的“交易的国际性质”和“交易的标的物或复杂性”是仲裁庭倾向于适用商人法的两个重要原因。^③

在“斯德哥尔摩商会第 117/1999 号裁决案”中,当事人双方就技术交易合同存在纠纷,未约定适用法律。仲裁庭认为鉴于合同的性质,双方当事人期望最终适用的法律将以任何正常商人都会认为适当和合理的方式保护他们的利益,而不会因适用他们并不深入了解的国内法而产生任何意外,而国际统一私法协会的规则提供了对缔约方的保护,充分反映了商业关系的基本原则,因此仲裁庭转而适用《国际商事合同通则》。^④ 有观点认为,这样的判决思路回应了国际商界的合理期望,他们更熟悉自己的商业惯例,而不是国内法律的特殊性,因此如果根据商人熟知的商业惯例而不是根据他们不熟悉的国内法规定来决定他们的权利和义务,他们会更放心。^⑤

不过,即便是满足前述两点理由的情况下,适用商事惯例的可能性仍然有限。原因在于:其一,这取决于仲裁员对国际惯例或商人法的信念和态度,仍有不少案例显示出仲裁庭排斥适用商人法的意愿^⑥;其二,这取决于仲裁规则赋予仲裁员适用法律的权限,即仲裁员是否要遵循冲突规范还是可以直接选择适用的法律,以及是否可以“法律规则”而非仅仅是“法律”;其三,仲裁庭适用商人法并不一定意味着仲裁庭适用国际惯例。如前述“西屋公司仲裁案”裁决所指出的,仲裁庭可信赖的“商人法”还可能包含一般法律原则。^⑦ 一般法律原则相比国际惯例更具备一般性,且为正式法律渊源,相比不成文的国际惯例更能在当事人缺乏法律选择时起到准据法的弥补作用。国际惯例往往仅涉及当事人从事商业活动中某一具体行为的标准,其范围和含义是不甚明确的,在具体案件中往往是仲裁庭参考的因素,但很难作为代替国内法而适用于案件的“准据法”。

(二) 准据法确定时国际惯例适用的路径

司法和仲裁机构在确定适用法律的同时,亦可能在个案中并行不悖地直接适用国际惯例。

① See Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty- five Years”, p. 88.

② See ICC Award No. 9875 of 1999 (*the Japanese Case*), <http://www.unilex.info/principles/case/675> (last visited 3 February 2021).

③ See Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty- five Years”, pp. 99 – 100.

④ See Stockholm Chamber of Commerce Partial Award No. 117/1999, in Michael Joachim Bonell (ed.), *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts* (Ardsley: Transnational Publishers Inc., 2nd edn, 2006), pp. 900 – 901.

⑤ See Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, p. 235.

⑥ 如果仲裁庭并非商人法的“支持者”,则可能否定商人法的存在和可适用性,或者直接诉诸冲突规则的指引而选择国内法作为准据法。See ICC Award No. 9419 (1998) (*the Lichtenstein case*), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=664&step=FullText> (last visited 3 February 2021); ICC Award No. 4237 of 1984 (*Syrian State Enterprise v. Ghanaian State enterprise*), https://www.trans-lex.org/204237/_/icc-award-no-4237-yca-1985-at-52-et-seq (last visited 3 February 2021).

⑦ See ICC Award No. 7375 of 1996 (*Government of Iran v. Westinghouse*), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=ca%20se&id=625&step=FullText> (last visited 3 February 2021).

本文选取三例经典的司法判决和仲裁裁决，即“国际商会第6955号仲裁案”（以下简称“6955号案”）^①、“利比亚阿拉伯外国银行诉英国银行信托公司案”（以下简称“利比亚案”）^②和“再保险案”^③，探究国际惯例与法律并行适用的方式。

1. 前提：适用法律和适用惯例并行不悖

即便是在适用国内法的情况下，国际惯例仍然可能得到适用。如果认为当事人的法律选择条款是衡量商人法是否相关的可靠指标，那就会产生误导。^④在“6955号案”中，当事人在货物买卖合同中约定适用美国伊利诺伊州法律，并排斥了《联合国国际货物销售合同公约》的适用，仲裁庭仍然根据适用于伊利诺伊州的美国《统一商法典》第1-205（2）之规定确认了存在一种在特定行业内认定货物相符的贸易惯例。^⑤在“利比亚案”中，仲裁庭在适用英国法的前提下仍须决定在欧洲美元市场中是否存在必须通过纽约清算所银行同业支付系统（clearing house interbank payment system，以下简称CHIPS）进行结算的贸易惯例。^⑥在“再保险案”中，核心的焦点也是伦敦保险市场上是否存在经纪人可以单方面撤销未完全签署保单的商业惯例，而不涉及法律适用问题。^⑦可见，在准据法已经确定且惯例仍可以弥补法律规定的空白时，法律的适用并不会排斥惯例的适用。

2. 惯例的范围：界定相关地点、市场、行业

惯例的范围往往局限在一定地点、市场和行业。这需要法庭和仲裁庭谨慎界定该范围，以确定参与制定惯例的人员。“6955号案”的审理思路体现了在交易中谨慎划定惯例制定者的重要性。仲裁庭认为“通常情况下，人们会期望发现有两个以上明显的群体能够确立贸易惯例的存在”，然而在该案中，“无可争议的证据是，货物只是在两个地点制造的，这两个地点占主导地位的群体都是特定的组织，其次的相关群体是被告”。因此仲裁庭得出结论，认为涉案惯例只是由该组织制定的，被告和被告的客户只是惯例的遵守者，并未参与惯例的形成。^⑧在“利比亚案”和“再保险案”中，界定惯例适用的相关市场分别为“欧洲美元市场”和“伦敦保险市场”。^⑨界定相关地点、市场和行业决定了惯例的适用范围，并区分了这个范围内对惯例的产生发挥决定性作用的人员，以及只能遵守惯例而无法改变惯例的处于配合地位的人员。

3. 惯例的内容：一项行为被惯常遵守

这一标准涉及确定待证明惯例的内容，即“A惯例”与“B惯例”之分。在“再保险案”

① “*Trading Company v. Manufacturer*, Final Award, ICC Case No. 6955, 1993”, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Volume XXIVa*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 24 (Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 1999), pp. 107 – 140.

② *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co*, Queen’s Bench 1989, p. 728.

③ *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, Queen’s Bench 1983, p. 1022.

④ Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, p. 196.

⑤ “*Trading Company v. Manufacturer*, Final Award, ICC Case No. 6955, 1993”, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Volume XXIVa*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 24, pp. 124 – 126.

⑥ *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co*, p. 749.

⑦ *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, p. 1022.

⑧ *Trading Company v. Manufacturer*, Final Award, ICC Case No. 6955, 1993”, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Volume XXIVa*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 24, p. 125.

⑨ *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co*, p. 760; *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, p. 1022.

中，原告费尼亚（Fennia）公司主张在伦敦保险市场上存在允许经纪人单方取消未全部签署保单的惯例，但“必须在全部认购保单前取消”和“在适当情况下支付承保人面临所承保风险的时间（风险溢价时间）的保险费”^①，而斯托顿（Staughton）法官最终确认了一个不同于费尼亚主张的惯例，认为在前述原始单据惯例的效力延伸至修订单据的前提下，关于经纪人撤销保单的惯例除了需要在保单被全部认购前撤销，还“可能”受到支付相应保费和合理撤销时间的限制。^②不过，由于这两个“惯例”都是支持经纪人在一定条件下可以单方面撤销未全部认购的保单，法院判决费尼亚公司胜诉。然而，上诉法院推翻了这项判决，认定惯例并不存在。原审中，斯托顿法官确认了“在合理时间内取消单据的惯例”存在，而费尼亚公司所主张的是一项几乎绝对的、只需要支付相应保费的取消权。在上诉案中，通用再保险公司很好地抓住了这个要点，引导法庭将关注点转移至“费尼亚公司所声称的惯例”而非“斯托顿法官发现的惯例”上，而费尼亚公司的证人证言无法充分证明该惯例的存在，因此败诉。诚如有观点所指出的，似乎由于费尼亚公司所追求的目标高于必要的水平，因此它在上诉中败诉了。其本只需提出一个更加具体的惯例，然后证明惯例包含了其行使取消权的具体情况就足够了。^③

4. 惯例的意图：“主观要素”客观化

当行业群体对一项惯常遵守的行为拥有法律义务感时，该行为就被认为是国际商事惯例，否则只是惯行（habit），不具备任何法律拘束力。

在“利比亚案”中，法庭回顾了“再保险案”所指出的观点，即“在一个特定的商业社会中，一种出于便利和礼让而经常甚至惯常性地遵守的行为，与被各方认为是有法律约束力的权利要求而习惯性地遵循的行为，这两者之间存在着天壤之别。”^④法庭通过本案中的专家证据了解到客观上在欧洲美元市场上的确存在通过 CHIPS 系统结算的广泛实践，认为这些证据“对了解欧洲美元市场上发生的情况以及不同形式的运作方式有很大帮助，但不足以作为确定一种惯例或否定一种惯例的证据”。^⑤仅仅是大量和普遍的实践并不当然使得一项行为成为惯例，事实上大量被遵守的行为可能仅仅只是一项惯行，因此在判断惯例的存在时探究惯例遵守者的主观意图就必不可少。

应当指出的是，司法和仲裁实践并未形成证明这种“主观意图”的标准。有观点认为确定惯例遵守者的“主观意图”可以参考哈特的“批判反思态度”理论，通过确定惯例遵守者的动机和市场的反应来确定行业群体整体的“主观意图”。具体包括：（1）有关动机，包括相关主体出于害怕行业内人士的批评而遵守惯例以及在出现违反行为时，该主体也将谴责这种行为；（2）有关市场反应，即存在一种实际上的“制裁”机制，使得违反惯例的人蒙受根本的损失。^⑥在“再保险案”中，有证人证言部分地反映了这个思路，认为对于撤销已流通保险单的行为，“惯常做法是，在经纪人合理地迅速撤回保单时，承保人不会向他收取风险费用，如果承保人拒

① *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, pp. 1024 – 1025.

② *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, pp. 1038 – 1040.

③ Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, p. 287.

④ *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, Queen’s Bench 1983, p. 874.

⑤ *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.*, pp. 752, 758.

⑥ Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, pp. 157 – 159.

绝同意，整个市场将反对他。”^① 虽然斯托顿法官采纳了这项证言并以此确认惯例存在，但上诉法院却认为此意图可能仅仅是出于“便利和礼让”而并非是出于“法律义务感”。^② 有观点对此认为，如果承保人同意取消保单是为了维护经纪人的商誉，而如果没有这种商誉，承保人就会失去业务，那么取消单据的做法就是一种惯例，而如果每个承销商为了维护经纪人的商誉而取消单据，但这种商誉并不是保留业务所必需的，那么这种做法就只是一种惯行。^③ 可以看到，探究惯例“主观意图”的努力一直试图将这种意图以一种客观的标准去证明，而这种标准可能和整个行业对违反惯例行为的反应措施紧密相关。

不过，这种“主观意图”一般是指行业群体对于惯例的意图，而不过分考量当事人适用惯例的意图。在“6955号案”中，仲裁庭提及了《统一商法典》第1—205(2)条所规定的惯例存在的条件，其中包括“可正当预期惯例将在本交易中得到遵循”。法庭认为“这并不要求双方实际上有这样的预期”，该标准是“客观的”，“通过从事该贸易，假定索赔人具有对（经证实的）贸易惯例的期望”。^④ 其原因可能在于，且不论当事人适用惯例的意图往往是默示的，当惯例成为案情的核心问题时，当事人出于立场的考虑很难就惯例的存在达成一致意见，因此证明当事人的主观意图本身就是难以完成的。在这种情况下，就需要以行业的“主观意图”取代当事人的“主观意图”，研究“理性的商人”是如何认知这项行为规则的。在当事人未作相反约定时，推定当事人应合理地注意到有关的惯例并善意地遵循惯例。这样既能发挥惯例的作用，也不会违背当事人的意思表示，更能够保护正常的商业秩序和信赖利益。这便是国际惯例“准规范效力”的根本来源。

（三）国际惯例“国际习惯化”的路径

前文已述，在当事人未就适用国际惯例达成协议或准据法已确定时，司法和仲裁机构也可能适用国际惯例，从而使得交易双方亦受国际惯例的约束。这样一来，国际惯例似乎起到了类似于国际公法上的国际习惯的作用，成为了调整当事人权利义务的“法律规则”。然而，国际惯例与国际习惯最为本质的区别在于国际惯例不具备当然的法律拘束力。不具备当然法律拘束力的国际惯例，事实上却在不少案件中起到类似于法律规范的效力，使得国际惯例的适用日渐趋于“国际习惯化”。

应当指出，司法和仲裁实践中国际惯例“国际习惯化”的路径为：

1. 国际惯例内容的广泛性和事实上被一般遵守的特征促使国际惯例在适用上具有天然的“扩张”趋向。
2. 国际惯例在适用上的契约性特征导致国际惯例无法摆脱法律强制性规定和当事人意思自治的桎梏，成为类似于国际公法上的国际习惯一样的法律规则。
3. 在法律未有强制性规定且当事人没有明示排除适用惯例的情形时，国际惯例的“扩张”存在一个弹性空间。

① *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, Queen's Bench 1983, p. 873.

② *General Reinsurance Corp. v. Forsakringsaktiebolaget Fennia Patria*, Queen's Bench 1983, p. 874.

③ Orsolya Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, p. 293.

④ “*Trading Company v. Manufacturer*, Final Award, ICC Case No. 6955, 1993”, in Albert Jan Van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration 1999 – Volume XXIVa*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume 24, pp. 124 – 125.

4. 国际惯例的“扩张”最多只能说明国际惯例的适用超越了当事人明示适用惯例的意思表示，在当事人未对惯例的适用达成一致时，推定当事人在交易时应当遵循已知道或应当知道的商业惯例，但不能对抗当事人一致排除适用惯例的情形。

因此，虽然说国际惯例在适用上存在着客观化的趋向，即国际惯例的适用日臻独立于交易双方的意思自治，造成国际惯例在适用上的“扩张”，使之愈发近似于“国际习惯”，但国际惯例的适用始终未摆脱其非法律的本质，不能对抗法律的强制性规定和当事人明确排除适用惯例的意思表示。不过，在交易日趋复杂的背景下，在维护商事秩序和信赖利益的基本原则下，作为事实性规则的国际惯例关于弥补法律规定的缺陷、督促当事人善意履行义务的功能应当得到肯定，在出现法律缺位、当事人并未明确排除适用惯例的“弹性空间”时，不妨合理地推定当事人“应遵循已知道或理应知道的任何相关惯例”。换言之，对国际惯例的“准规范效力”应予以认可。

五 结论

国际惯例和国际习惯都是不成文的实践，但国际惯例与国际习惯不同，不具备当然的法律效力。国际习惯规范的是国家间的法律关系，而国家是国际法的制定者和遵守者，发端于国家实践的国际习惯能够一经法律确信即被确认为国家间的法律。国际惯例既涵盖了国家间的非法律关系，也包括私人主体之间的民商事法律关系，这些关系或不产生法律问题，或由于制定规则的主体并不享有制定法律的权力，因此发端于国家互惠行为或行业实践的国际惯例不能作为调整国家间或私人间的法律。

国际惯例事实性和契约性的特征构成一对矛盾，导致国际惯例是行业主体“内心中的法律”而非“现实中的法律”。事实性是对惯例客观存在的反映，契约性是对惯例法律效力的反映。国际惯例的事实性决定了国际惯例的存在是行业实践被普遍遵循的结果，理性的商人都信赖交易方会遵守惯例；国际惯例的契约性决定了国际惯例作为一个行业自发的实践并不具备当然的法律拘束力，其往往需要通过某种途径才能获得法律拘束力。结果是，惯例虽然在事实上被行业群体所普遍遵守，但其对于具体当事人所产生的效力却无法对抗法律的强制性规定和双方当事人一致的意思自治。

这个矛盾的存在，决定着国际惯例能够在多大程度上规范着当事人的行为。司法和仲裁实践中，仲裁庭对惯例的适用态度反映了惯例超越契约性限制得以适用的迹象。当事人未明确约定适用法律也未明确约定适用惯例时，仲裁庭可能倾向于通过“默示否定选择”和“直接选择”而适用国际惯例；当事人明确约定准据法却未明确约定适用惯例时，惯例可能作为弥补法律缺陷的“事实标准”而予以适用，从而使得惯例的适用日臻独立于当事人的预期，使国际惯例与国际习惯愈发同质化。不过，国际惯例“扩张”的空间仅限于法律未明确规定且当事人并未一致同意排除惯例的“弹性空间”内，不能真正地如同国际习惯一般作为法律规范而适用于个案。从这个角度讲，国际惯例和国际习惯的本质差异仍未改变。

The Conceptual Distinction Between International Usage and International Custom and Its Realistic Inspection

Zhai Zhong

Abstract: The delineation of international usage and international custom is sometimes blurred by a mixture of different usages in translation. In public international law, international usage refers to “general practice” as prescribed in Statute of the International Court of Justice, which lacks any legal force, while international custom refers to those unwritten practices observed by states with a legal sense of obligation regarded as *opino juris*. But in the early years these two concepts have always been used interchangeably. In private international law, both the notion of international usage and international custom refer to international commercial usages which are arbitrary in essence. In international economic law, the usage of those terms remains the same as private international law in general, and both international usage and international custom refer to international commercial usage in international trade and commerce. International usages in private international law may legally binding on both parties by means of being incorporated into laws and contracts. In judicial and arbitral practice of private international law, international usages are being applied more independently of the will of the parties, resulting in the application of international usage similar to that of the legal norms. While it does not mean that international law has conferred international usage the same legal status as that of international custom, the expansive application of international usage also reveals the unique routine of its application and its implied “quasi-normative effect” .

Keywords: International Usage, International Custom, General Practice, International Commercial Usage, Lex Mercatoria

(责任编辑: 曲相霏)