

论特别习惯国际法的识别

沈子琦

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年8月9日; 录用日期: 2023年9月3日; 发布日期: 2023年9月12日

摘要

自2011年国际法委员会第63届会议开始, 作为国际法渊源专题的新热点议题之一, 特别习惯国际法已逐渐在国际实践中发挥作用。本文将结合国内外有限的学术观点、结论草案及评注、国际法院相关案例等研究资料, 通过与一般习惯国际法的异同对比, 对特别习惯国际法的构成要件、效力范围、举证责任等方面进行分析与识别, 从而进一步加深对特别习惯国际法的认识。

关键词

特别习惯国际法, 通例, 法律确信, 举证责任, 效力范围

On the Identification of Special Customary International Law

Ziqi Shen

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Aug. 9th, 2023; accepted: Sep. 3rd, 2023; published: Sep. 12th, 2023

Abstract

Since the 63rd session of the International Law Commission (ILC) in 2011, special customary international law, as one of the new hot topics on the topic of sources of international law, has gradually played a role in international practice. Based on the limited academic viewpoints at home and abroad, draft conclusions and commentaries, relevant cases of the International Court of Justice and other research materials, this paper will analyze and identify the constitutive requirements, scope of effectiveness and burden of proof of special customary international law by comparing with general customary international law, so as to further deepen the understanding of special customary international law.

Keywords

Special Customary International Law, General Practice, Opinio Juris, Onus of Proof, Scope of Effect

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 特别习惯国际法之由来

《国际法院规约》第 38 条历来被视为国际法渊源的权威论述，第 1 款(丑)项规定：“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。”¹此处的“国际习惯”即习惯国际法，该条明确了习惯国际法的定义(要素)与地位，原则上对所有国家都具有法律拘束力。而在国际法上是否存在不具一般性的习惯国际法规则，即特别习惯国际法规则，根据近年来的法律理论与实践，答案是肯定的。

詹宁斯、瓦茨修订的第九版《奥本海国际法》在论述国际习惯法时指出：“非一般性而限于少数国家(甚至限于两个国家)并为它们作为法律予以接受的实践，仍然可以构成一项习惯法规则，但属于特殊而不是一般适用的性质。”^[1]学者著述中使用过相对习惯(relative custom)、地方习惯(local custom)、区域习惯(regional custom)、特殊习惯(particular custom)等术语，但使用较多的是“特别习惯法”(particular custom)，如凯尔森在《国际法原理》肯定特别习惯法的存在：“特别国际法通常是条约所创造的；但它也可能是一个特别习惯所创造的，如果只有某些国家参加确立这一习惯的话。”^[2]

国际法院的相关判决也多次涉及特别习惯国际法规则问题，表述包括但不限于“特别适用于美洲国家法系的”(尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案)或“影响仅限于非洲大陆，正如以前仅限于西班牙语美洲的”习惯国际法(边界争端案)、“地方习惯”(摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案；在印度领土上的通行权案)以及“区域性”习惯国际法(航行权利和相关权利争端案)。

国际法委员会自第 64 届会议开始讨论“习惯国际法的形成与证据”，之后的第 65 届会议至第 68 届会议讨论并通过了《关于习惯国际法的识别》的结论草案。在草案的第七部分的结论 16 明确了特别习惯国际法的存在：“1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。”²草案的评注对“特别习惯国际法”(particular customary international law)的内涵有进一步的解析，意指特别习惯国际法是与一般适用的习惯国际法规则(general customary international law)相对的规则，且特别指出术语是“特别习惯国际法”而非“特别习惯”，即各国之间存在的不构成国际法规则的“地方习惯”与被接受为法律(法律确信)的一般惯例是不同的，强调符合二分法的法律规则，而不仅仅是习惯或惯例。

当前，在一般习惯国际法规则之外、与之相对应的特别习惯法规则处在逐步拓展的发展阶段，且在国际法院的司法实践中已经将特别习惯法规则归入《规约》第 38 条第 1 款(丑)项的范畴，特别习惯国际法的重要性可见一斑。

2. 特别习惯国际法的构成要件

草案结论 16 第 2 段指出：要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是

¹ 《国际法院规约》第 38 条第 1 款(丑)项。

² International Law commission, “Draft conclusions on identification of customary international law”, in the General Assembly, 2018.

否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。这表明特别习惯法与一般习惯国际法同样采用两分法,包括物质要素“一般通例”(a general practice)和心理要素“法律确信”(opinion juris),除此之外亦有其自身的特别之处。

(一) 物质要素：“通例”之分析

就一般习惯国际法而言,物质要素“一般通例”即在某一领域多数国家反复一致的实践,要求具有广泛和代表性(数量)、持续性(时间)、一致性(实践)。1) 广泛和代表性,是对国家数量的要求,至少需代表世界范围内大多数国家的实践;2) 持续性,需要各国长期重复的作为或不作为,通常习惯国际法规则的形成需要较长的实践周期,不过结论 8 明确了只要惯例具备一般性则不要求特定存续时间³;3) 一致性,要求各国的实践具有一致性,前后行为不能相互矛盾。特别习惯国际法部分的结论放在结论草案的最后,加之在司法实践中已被纳入《规约》38 条(丑)项范畴,因此特别习惯国际法总体上也适用一般习惯国际法规则,但在数量因素与地理因素方面有其自身特点。

1) 数量因素

与此相比,特别习惯国际法显然不具备广泛和代表性,如结论草案第 16 条第 1 段所言,“特别习惯国际法规则,不论是区域的、地方的还是其他层面的,都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。”特别习惯国际法不要求参与国家数量广泛,仅在数量有限的国家之间适用,约束少至 2 个国家。

因此,对于特别习惯国际法规则来说,“一般通例”的存在是特别习惯国际法规则存在的必备要件,但一般习惯国际法的一般通例所要求的“广泛性”并非必要条件。正如 1960 年“葡萄牙诉印度领土通行权案”中,葡萄牙向国际法院证明了,印度在长达一个多世纪的时间里容忍私人、文职官员和货物通行往来于达曼地区与葡萄牙飞地达德拉和纳加尔-阿维利之间的领土,葡萄牙和印度之间存在的这个地方习惯规则已经构成了一项特别习惯国际法规则,国际法院因此在判决中解释到:“我们反对印度一方提出的观点,即建立地方习惯规则不可能只在两个国家之间……很难理解为什么必须要在两个以上的国家之间才能根据长期实践确立地方惯例。法院认为两国之间长期持续的、被其接受用于规范相互关系的惯例没有理由不应成为这两个国家之间相互权利和义务的根据。”⁴在该案中法院确认了即使是仅有两个国家也可以形成特别习惯国际法规则。

2) 地理因素

在实践中,由于特别习惯国际法要求在数量有限的国家之间适用,且国家间往往存在某种地理关系,“地理要素”引起了学者们的关注,即特别习惯国际法是否必须限定于特定地理范围内? 门德尔森主张,特殊习惯法既可能限于某一区域的国家之间,也可能存在于有着特定的共同意识形态的某些国家之间,或者是存在于就某一问题执行共同的政策的一些国家之间[3]。德甘也持同样的看法,他认为“尽管原则上不能排除在某一区域有形成区域习惯规则的可能,但是仅就某一国家属于某一区域这一事实而言,是不能作为该国受这类特殊习惯规则的拘束的决定性证据的。”[3]他特别举出前苏联提出的“勃列日涅夫主义”(干预其他社会主义国家事务)可以视为构成了当时华沙成员国之间的特别习惯法规则。在巴塞罗那电车公司案中,格罗斯法官谈到了习惯在“经济和法律概念相同的两个国家”之间的适用性:“因此,必须证明所主张的原则对具有自由经济制度的国家来说是一项名副其实的规则,一项被它们接受为区域国际法规则的规则。”[4]再加上考虑外交庇护的例子(如 1950 年哥伦比亚诉秘鲁外交庇护权案),很难看出有关国家如何或为何必须有任何地理关系。

因此,地理要素是特别习惯国际法的表征而非核心本质。也正如结论草案的评注指出,虽然大部分特别习惯国际法的适用是区域、次区域或地方性的,但原则上没有理由认为由共同事业、利益或活动(而非地理位置)联系起来或构成一个利益共同体的国家间不能发展出一条特别习惯国际法规则,不论是通过

³International Law commission, “Draft conclusions on identification of customary international law”, in the General Assembly, 2018.

⁴I. C. J. Rep (1960) [R].

条约还是其他方式加以确立的⁵。

(二) 心理要素：“法律确信”之分析

关于“法律确信”这一要素，特别习惯国际法规则和一般习惯国际法规则的要求基本一致，但也仍然存在细微差别。在一般习惯国际法规则下，在一般通例形成的基础之上要使得该规则具有法律拘束力，要求参加实践的国家出于法律义务感，接受该通例为法律，遵守该规则，方能形成一般习惯国际法，逐渐被各国公认后产生约束国际社会所有国家的法律效力。正如在物质要素部分的分析，通例要求广泛性而非全体性，因此相对应的法律确信并不要求国际社会所有国家都必须具备，只要参加实践的有代表性的绝大多数国家拥有法律确信即可。

对于特别习惯国际法规则而言，惯例必须具有一般性的意思是，它必须是“各当事国之间”（也就是在所涉规则适用的所有国家中）的一致通例/实践，要求所有当事国都必须已经接受该通例为这几国之间的法律。“法律确信”在特别习惯国际法规则中适用得更为严格。

3. 特别习惯国际法的举证责任

法律确信即证明争议当事国以明示或默示的方式对实践中的通例表示同意，确实受此项特别国际习惯的约束，而这往往需要通过查找大量的事实证据的支撑予以证明。由于法律确信的差异，需要证据印证的法律确信也就引发了举证责任分配的差异。就一般习惯国际法而言，若一个国家想主张一般习惯国际法的相关权利，对此无须举证，不负有证明所有国家都存在法律确信的证明义务；而在特别习惯国际法规则下，如果一国主张他国受某一特别国际习惯法规则的约束，在证明规则存在的前提下，还必须承担充分证明他国对特别习惯国际法规则具备“法律确信”的举证责任，否则该他国可以不受该特别国际习惯法规则的约束。

李浩培先生也认为，“由于特殊习惯国际法规则的适用范围很狭窄，因此就要求主张该规则存在的国家证明该规则已经对方国家接受。”^[5]奥本海也持同样的看法，他指出：“特殊国际习惯法规则的存在是一件需要严格证明的事项。因此，很可能在这种情况下，有必要确定一个国家对被作为法律实践是否明确同意，以便可以依据或者反对该项规则。”^[1]

国际法院在1950年的“哥伦比亚诉秘鲁外交庇护权案”⁶中对此提供了指导意见。在该案中，哥伦比亚提出秘鲁应受到一个“拉丁美洲国家特有的区域或地方习惯”的约束——庇护国享有对避难者的犯罪性质单方面作出决定性确定的权利。法院认定：“依据此种习惯的当事方必须证明，这一习惯建立的方式使之对另一当事方也已具有约束力。哥伦比亚政府必须证明其援引的规则符合有关国家采用的恒定、统一的通例，并且这种通例体现了属于给予庇护国的一项权利和领土所属国负有的一项义务。”法院随后指出，由于种种因素的影响——案件数量繁多、各种案件的不确定性的存在以及拉丁美洲的政治波动频繁影响，国际法院很难发现有持续的统一的证据证明这一权利。此外，秘鲁于1933和1939年没有加入《蒙得维的亚政治庇护公约》（其中载有哥伦比亚在本案中争取的权利），这表明了秘鲁对这项习惯的反对态度。因此由于哥伦比亚所列举的证据不能证明它所主张的这样一个“地方习惯”（指域外庇护）业已确立，且即使假设这样的特别习惯已然存在，由于秘鲁已经通过拒绝批准《蒙得维的亚政治庇护公约》表示了对该规则的反对态度，因此该规则也对秘鲁没有拘束力。

此种观点在1952年的“摩洛哥美国国民权利案”⁷的国际法院判决的多数意见也出现过。“国民权利案”涉及对美国国民在法属摩洛哥境内的公民权利，国际法院援引“庇护权案”中关于特别习惯国际法的意见来处理该案。通常域外权利来源于条约或领土国方面的同意，在本案中国际法院并没有发现存

⁵International Law commission, “Draft conclusions on identification of customary international law”, in the General Assembly, 2018.

⁶I. C. J. Rep (1950).

⁷I. C. J. Rep (1952).

在关于美国在摩洛哥域外权利的一般习惯法规则。通过对“庇护权案”的引用，国际法院再一次表明，对于某些类型的特别国际习惯，如国民权利，原告必须以非常具体的方式证明，被告同意所谓对于“其领土主权的克减”。

4. 特别习惯国际法的效力范围

一般习惯国际法对国际社会全体成员具有普遍的法律约束力，一般习惯国际法之例外即一贯反对者/坚决反对原则。在一般习惯国际法规则下适用坚决反对原则，要求一国在习惯国际法规则形成的过程中公开明确持续表示反对，则该国不受此习惯国际法的拘束；同时也意味着对一项规则表示沉默的国家仍然需要受到该项国际习惯的约束。

对于特别习惯国际法来说，特别习惯国际法是在数量有限的国家之间适用，其法律效力仅能约束特定当事国，特别习惯国际法规则本身不为第三国创设义务或权利⁸。在特别习惯国际法形成的过程中，需要当事国均存在肯定性实践，如果一方当事国对相关特别习惯国际法规则表示沉默，那么对方当事国的证明义务即已加重，当无法证明肯定性实践存在时，特别习惯国际法规则无法约束表示沉默的国家。

正如在“哥伦比亚诉秘鲁外交庇护权案”中，国际法院在判决中对此进行了充分阐释：“如果争议一方当事国对一项特别习惯表示沉默，则表示该国对此项习惯的反对”。这就是所谓的“沉默即反对/异议”观点。这种观点同样受到了蒂阿玛托的认同：“特别习惯的存在确实需要证明被告国同意的严格证据。”^[6]

依据有关理论和实践，可知特别习惯法规则产生拘束力的关键在于，当事国明示或默示同意而达成的意志的协议。如果认为在某一特定区域的若干国家之间形成了某种特别国际习惯法规则，必须考察特定国家的实践，只有证明该特定国家或以明确的方式或以有意的默示方式接受该特别国际习惯法规则，方能主张该规则对该特定国家的拘束力，而不能在该国未作任何明示或默示表示的情况下推定对该国具有拘束力。特别习惯法规则对某一特定国家的拘束力的前提条件可以归纳如下：1) 证明该特别国际习惯法规则确实存在；2) 证明特定国家有(明示/默示)参与该特别国际习惯法规则的肯定性实践。即使满足了第(1)项条件，但如果不能够证明该特定国家对该特别国际习惯法规则的接受，则通常认为该特别国际习惯法规则对该特定国家不具有拘束力。可以归纳如下(如表 1)。

Table 1. Comparative summary of customary international law and particular customary international law

表 1. 一般习惯国际法的特别习惯法的对比总结

区别点 distinguishing point	一般习惯国际法 customary international law	特别习惯国际法 particular customary international law
物质要素：通例 practice	数量：广泛和代表性 时间：通常周期较长，但非硬性要求 实践：一致性	时间要素和实践要素与前者一致 数量有限(少至 2 国) 地理要素：是表征而非本质
心理要素：法律确信 opinio juris	代表性多数国家具有	全体当事国具备
举证责任 burden of proof	只需提出习惯国际法， 不需证明其他当事国实践	主张国需证明对方当事国具有肯定性实践
效力范围 scope of effect	约束全体当事国 例外：坚决反对原则 沉默亦受约束	约束特定当事国 明示/默示同意方成立 无证据证明时无法约束沉默的当事国

⁸International Law commission, “Draft conclusions on identification of customary international law”, in the General Assembly, 2018.

参考文献

- [1] 奥本海. 奥本海国际法[M]. 王铁崖, 陈公绰, 汤宗舜, 周仁, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995.
- [2] 汉斯·凯尔森. 国际法原理[M]. 王铁崖, 译. 北京: 华夏出版社, 1989.
- [3] 李毅. 特殊国际习惯法刍论[J]. 国际关系学院学报, 2005(1): 55-59.
- [4] Elias, O. (1996) The Relationship between General and Particular Customary International Law. *African Journal of International and Comparative Law*, **8**, 67-88.
- [5] 李浩培. 国际公法、国际私法、其他法律问题[M]//李浩培. 李浩培文选. 北京: 法律出版社, 2000: 92.
- [6] Guzman, A.T. (2005) Saving Customary International Law. *Michigan Journal of International Law*, 66 p.
<https://doi.org/10.2139/ssrn.708721>