

论国际法院识别习惯国际法规则的方法

金雷霆

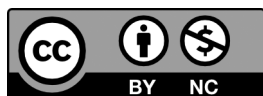
华东政法大学，上海

摘要 | 自 1945 年《国际法院规约》第 38 条将国际习惯纳入国际法渊源之中，如何准确地界定习惯国际法的两个构成要件：国家惯行（物质因素）和法律确信（心理要素）成为一个重要而又未决的国际法问题。两种传统的识别方法：严格的归纳法和灵活的演绎法，在国际法院的司法实践中发挥了重要作用。同样这两种识别方法也反映出识别习惯国际法的不同思路。

关键词 | 国际法院；习惯国际法；识别方法

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



国际法院等机构的司法判例虽然不具有法律拘束力，但却为习惯国际法的识别提供了非常重要的原则和依据，意义重大。在“荷花号案”^①中，对于不

作者简介：金雷霆，华东政法大学国际法学院 2016 级博士研究生，研究方向：国际法。

文章引用：金雷霆. 论国际法院识别习惯国际法规则的方法[J]. 法学进展, 2021, 3(3): 182-190.
<https://doi.org/10.35534/al.0303019>

① 1926 年 8 月 2 日，法国汽船“荷花号”（Lotus）与土耳其船舶 Boz-Kourt 号在靠近君士坦丁堡的公海上相撞，土耳其船舶当场被撞成两截并沉没，八名土耳其国民遇难。“荷花号”在尽力搜救后，继续驶向君士坦丁堡。“荷花号”靠岸后，土耳其当局逮捕了“荷花号”值班人员 Demons 中尉，并以过失杀人罪对其提起刑事诉讼，最终土耳其法院判其 80 天的监禁以及 22 英镑的罚款。法国对土耳其当局逮捕并起诉 Demons 中尉的行为提出抗议。由于外交途径没有得到满意的结果，双方通过特别协议的方式将这一起争端提交给常设法院，要求法院裁定土耳其对 Demons 中尉提起刑事诉讼的行为是否违反国际法原则（Principles of International Law）。

同国籍的船舶在公海上互撞而发生的刑事管辖权是否应作为习惯国际法而专属于船旗国这一问题，法国提出了几个国内法院的判例来证明非船旗国法院是避免对互撞案件行使刑事管辖权，这样一种反复进行的、一致的消极行为就产生了习惯国际法规则，即属于不同国籍的船舶互撞而发生的刑事管辖权专属于船旗国。而国际法院的前身——常设国际法院（Permanent Court of International Justice, PCIJ）驳回了这一主张，理由是：首先，法国引证的各国国内法院判例仅有三个，不能构成一般国家实践；其次有些非船旗国法院事实上对这些刑事案件行使了管辖权，而船旗国并未对之提出抗议，因而这些国内法院的判决不能构成一致的国家实践。“……除非存在一条习惯国际法规则规定船旗国有专属性的管辖权，但没有足够证据证明这个规则是存在的，无论从学者学说，或从判例都找不到这样的规则。”可见，法院在审理过程中对习惯国际法的形成过程进行了阐述。

根据《国际法院规约》第38条第1款（b）项的规定，构成作为国际法渊源之一的习惯国际法必须满足两个要件：（1）一致的国家实践，（2）法律确信。在判断这两个法律要件是否能够同时满足的过程中，也就是识别某一项规则是否是习惯国际法的过程，国际法院在司法实践中形成了两种传统的方法：严格的归纳法和灵活的演绎法。

一、识别习惯国际法的严格归纳法

根据严格的归纳法，国际法院只有在某一规则同时满足《国际法院规约》第38条第1款（b）项规定的两个要件的要求的情况下才会裁决该规则是习惯国际法。如此严格的原因在于，不论是否已经参与了特定国家实践的创造和发展过程，或者这一习惯国际法规则是否会给其利益带来影响，只要任何一项规则被识别为习惯国际法规则而被宣布，就意味着所有国家都要绝对地遵守，不得违反。因此，鉴于这样的客观事实，在识别过程中采取严格的方法也是应有之义。

在“北海大陆架案”^①中，其中一个争议焦点就是：等距离原则是不是大陆架划界一项习惯国际法规则。而国际法院认为等距离原则不是大陆架划界一项习惯国际法规则，并在判决中运用了严格的归纳法。国际法院解释道：条约转化为习惯国际法的过程是可能的，但同时强调了这一结果并不是容易得到的。^②国际法院继而确立了关于仅约束某些国家的条约规则转变成约束所有国家的习惯国际法的严格要求。第一，条约规定本身必须是禁止任何缔约国提出保留的；第二，国际公约必须是广泛认可的，尤其是包含影响缔约国重要利益条款的；第三，条约规则向习惯国际法规则的转化是需要较长时间过程的。当然，如果国际实践是几乎一致的，那么这种转化也可能在较短时间内发生。^③

最后，国际法院对法律确信这一要件确立了较高的标准，认为必须能够证明国家的这一实践是把它作为强制性的而不是因为认为其是方便的。法院认为：不仅这些有关的行为必须构成一个确立的惯行，而且这些行为必须有这样的性质，或者是必须实行的。这种主观因素是法律确信要件暗含的。因此，有关国家必须意识到他们的实践正是在遵守这种法定义务的。频率或者习惯的本身是不充分的。有很多国际实践，比如在礼仪方面，协议草案绝大多数会得到履行，

① 西德与丹麦、荷兰在北海大陆架的划界问题上发生了争执。上述国家曾于1964年12月1日签订了《德荷条约》和1965年6月9日签订了《德丹条约》。在这两个条约中确定了彼此间的部分边界线，即从海岸到海面25里至30里外，主要适用等距离原则划出。但他们无法就这些点以外的边界线达成任何协议。因为，西德认为，在习惯国际法中没有等距离原则，而且用这种方法划分北海大陆架疆界对西德来说是极不公平的。由于西德的海岸是凹形的，其海岸线向内弯曲很大，如果按照等距离原则来划分大陆架对它很不利，只能给予它较为狭窄的大陆架区域，面积仅占北海海床的5%，而丹麦和荷是同则分别占10%、11%。西德声称，等距离原则只有在直线海岸线的情况下才符合这种要求，否则，便属于特殊情况。而丹麦和荷兰则坚持适用等距离原则。1966年三国进行了进一步的谈判而未能使问题获得解决。1967年2月20日，西德分别同丹麦、荷兰签订特别协定，将划分北海大陆架的争端提交国际法院解决。当事国要求国际法院指明应适用的国际法原则和规则，并承诺将按照国际法指明的原则规则来协商划界。

② Reports I. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands) [J]. International Court of Justice, 1969.

③ Wall Opinion (n 40) 88. Judge Higgins highlighted the lack of justification for the position the court took regarding self-determination. See Judge Higgins opinion, 30.

但是这种履行的动力只是基于一种礼貌、便利或者是传统，而不是法定义务的观念。^①

二、识别习惯国际法的灵活演绎法

灵活的演绎法作为识别习惯国际法规则的方法是在尼亚瓜拉案件中发展形成的。这种方法有三个主要特征：第一，完全统一的国家实践对于习惯国际法规则的出现不是必要的。事实上，与这一实践相反的国家行为应当构成对规则的违反而不是阻止规则清晰而明确地成为习惯国际法规则。^②这种灵活趋势的第二个特征是对法律确信存在推断的要件在变得宽松。这一要件不仅可以从国家遵守强制性规则的确信中推断出来，也可以从联合国大会的决议中推断出来。^③第三个重要的特征是，即使被认可的规则具体体现在多边条约中，也不会丧失习惯国际法的本质。^④

法院在“尼亚瓜拉案”的判决中，放宽了对宣布已存在的习惯国际法构成要件的要求。根据严格的归纳法，国家实践首先出现，随之而出现的是法律确信。然而上述提到的判决中，作为一项体现在联合国大会决议的宣言，法律确信首先出现。然后国家实践将确认该宣言中的习惯特征。^⑤

然而，国际法院确认习惯国际法规则的灵活演绎方法，正如在“尼亚瓜拉案”中阐述的那样，在核武器及核武器威胁合法性问题的咨询意见中影响减弱。联合国大会咨询国际法院要求回答国际法是否在允许任何情况下使用核武器及核武器威胁。^⑥在这个咨询意见中，国际法院没有采取与“尼亚瓜拉案”相同的路径。国际法院解释道：“联合国大会决议即使不具有拘束力，但有时可能具有规范价值。”在一定情况下，联合国大会的决议可以为规则的存在或者法律

① Reports I. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands) [J]. International Court of Justice, 1969.

② See Nicaragua (n2) 186.

③ See Nicaragua (n2) 183.

④ See Nicaragua (n2) 174.

⑤ Schachter O. New custom: power, “opinio juris” and contrary practice. 1996.

⑥ UNGA Res49/75 (K) (15 Dec. 1994).

确信的出現提供證據。為了證實這一點是否正確，對聯合國大會決議的內容和採取措施的條件的評判是有必要的。同時察看法律確信是否存在也是必要的；一系列的聯合國大會決議可能會體現一項新規則產生所需要的法律確信要件的演變過程。在這種情況下，聯合國決議的反对者和與規則相反的国家實踐被當作是阻止規則形成習慣國際法規則的行為。^① 總之，重要的是，在這個核武器的咨詢意見中，國際法院改變但並沒有推翻他們在尼亞瓜拉案中採取的關於習慣國際法的態度。^②

三、严格的归纳法和灵活的演绎法的司法实践

兩種方法在習慣國際法識別的司法實踐中都發揮了作用，但在新千年的第一個十年內，相較於靈活的演繹法，嚴格的歸納法在發展習慣國際法規則方面得到了更多的適用。

（一）灵活演绎法的适用

儘管國際法院在新千年中適用靈活演繹法作為識別習慣國際法規範的方法是過去的五倍，但是這種適用並沒有對國際法的演變產生有意義的影響，因為相關的條約或者聯合國大會的決議都被廣泛地認為是習慣國際法或者體現着習慣國際法規則。

在“剛果境內軍事行動案”中，國際法院宣稱《海牙第四公約》（《陸戰法規和慣例公約》）第三條規定的違反該章程規定的交戰一方在需要時應負責賠償，該方應當對自己軍隊的組成人員作出了一切行為負責任^③，不論是否違反了命令的內容具有習慣國際法地位。^④ 此案中，國際法院適用了靈活的演繹方法，

① UNGA Res49/75 (K) (15 Dec. 1994) .

② Weiss P. International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons [J] . The American Journal of International Law, 1999, 94 (4) : 815.

③ Phoebe, N, Okowa. II. Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) [J] . International & Comparative Law Quarterly, 2006: 213.

④ Phoebe N, Okowa II. Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda) [J] . International & Comparative Law Quarterly, 2006: 214.

同时并没有认为要论证该公约的内容是否符合《国际法院规约》第38条中的法律要件是必要的。

同样,在“巴勒斯坦被占领土建造墙的法律后果案”^①的咨询意见中,国际法院称:根据联合国第2625(XXV)号决议,即《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》,使用武力及武力威胁取得领土是不合法的。通过引用这一宣言,国际法院强调:被纳入宪章中的使用武力的原则反映国际习惯法……;同样地,涉及使用武力及武力威胁取得领土的非法性的推论也是正确的。^②

国际法院还将《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》引用到了关于吉布提和法国双边刑事司法协助相关问题的案件判决中。国际法院重申:习惯国际法规则反映在了《维也纳外交关系条约》中的第29条,适用于外交代表的同时,必然适用于国家元首。^③

国际法院再一次适用了灵活的演绎方法,没有详尽的分析而将一项条约规则识别为了习惯国际法规则。当然,由于192个联合国会员国中有187个国家参加了这项公约,所以这个结论没有引发争论。最后,国际法院将习惯特征附加到《维也纳条约法公约》中第33条第4款^④关于依据不同语言的条约解释的规定当中。

如上所述,法院运用灵活的方法意义在于,将包含在条约或联合国大会决议中的规则识别成习惯国际法规则,同时这种认可没有引起争议或者改变合法现状。

① Patel B N. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory [J]. Yearbook of Islamic & Middle Eastern Law Online, 2003, 10(1): 613-629.

② Wall Opinion (n 40) 87.

③ International Court of Justice. Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, Judgment of 4 June 2008 [J]. 国际法外交杂志, 2014(113): 433-449.

④ 除依第一项应以某种约文为根据之情形外,倘比较作准约文后发现意义有差别而非适用第三十一条及第三十二条所能消除时,应采用顾及条约目的及宗旨之最能调和各约文之意义。

（二）严格归纳法的适用

与灵活的方法不同，严格的方法被适用在结果更加重要的国际法领域。在一些案件中，国际法院严格按照《规约》第38条提出的要件进行判断，并且由于不同的法官持不同意见，所以最终的判决都是经过激烈的内部的。

新千年以后，国际法院适用严格方法的案件是“刚果诉比利时逮捕令案”。2000年4月11日比利时布鲁塞尔临时法庭的调查法官对当时刚果外交部长阿卜杜拉耶签发了国际逮捕令，指控其曾单独或作为共犯，严重违反1949年“日内瓦第四公约”，构成反人类罪，并通过国际刑警组织向全世界发布国际逮捕令。比利时认为其行使普遍管辖权，而刚果民主共和国认为比利时没有管辖权去发布逮捕令，同时比利时这种发布逮捕令的行为违反了国际法外交豁免这一基本原则。^①

由于没有专门处理上述争端的条约，国际法院认为这一争端应当依据习惯国际法解决，同时也没有适用灵活的演绎方法来承认外交代表的刑事豁免存在这样的例外情形：对任职期间内的外交部长反人类罪的起诉。国家法院指出外交代表的豁免是为了确保其职责的履行，而不是为个人利益的。^②因为他们要在国际谈判中代表他们的政府必须能够自由移动。基于这些理由，法院认为外交代表享有刑事司法管辖豁免和不受侵犯。^③

经过认真地思考，法院得出了在这种情况下外交代表享有豁免权是没有例外的结论。法院认为：认真考察了国家实践，包括国内立法和国内高等法院作出的判决，比如英国上议院和法国上诉法院。我们都无法推断出这种实践：在外交代表不得侵犯和享有豁免权的国际习惯法规则下存在任何例外，即使他有违反战争罪或反人类罪的嫌疑。^④

① Gray K R. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) [J]. European Journal of International Law, 2002, 13 (3): 723-723.

② See Arrest Warrant, (n 53) 53.

③ See Arrest Warrant, (n 54) 54.

④ See Arrest Warrant, (n 58) 58.

可以看出,严格的方法被国际法院应用到得出结论的过程中,因为国际法院用严格的标准评估国家实践这一要件,在这一要件缺失的情况下拒绝认可作为习惯国际法的例外。然而,法官对于这一结论的意见并不是一致的。法官西斯金及其他两位法官认为,尽管没有这样行使管辖权的普遍实践,但也没有视此为非法的法律确信。禁止性规则的违反以及不断增加的惩治严重国际罪行的对边条约的数量说明并不排除国内法院在这类案件中行使管辖权。

四、结论

总之,两张不同的方法反映了在识别习惯国际法规则过程中不同的侧重,不同的思路。以归纳推理为主导的思维方式,即严格的归纳法,它重视国家实践的一致性和重要性,认为习惯规范的约束力来自实证的经验事实而不是假定的法律,也就是习惯来自许多具体的国家实践,“法律确信”是第二考虑的,“法律确信”只是作为区别法律习惯与社会习惯的要素。而灵活的演绎方法是从更加普遍的命题中推导规则,那些赞成这种方法的学者是从逻辑或者另一种规范秩序中得出自己的观点,无论如何地肯定是适用法律之外的、非事实的“权威”来得出规则的,更多地强调“法律确信”。应当说在国际法价值观日益多元化的趋势中,习惯国际法的速成现象可能会增多,因为“这些宣言或条约能宣告习惯的存在,能将正在兴起的习惯具体化,产生新的习惯法”。^①

^① ICJ Reports (1969). P. 44.

The Method of the International Court of Justice to Identify the Rules of Customary International Law

Jin Leiting

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: Since Article 38 of the Statute of the International Court of Justice in 1945 incorporated international customs into the sources of international law, how to accurately define the two constituent elements of customary international law: national customs (material factors) and legal beliefs (psychological factors) has become an important issue. Another unresolved issue of international law. Two traditional identification methods: strict induction and flexible deduction have played an important role in the judicial practice of the International Court of Justice. The same two identification methods also reflect different ways of identifying customary international law.

Key words: International court of justice; Customary international law; Identification method