

# 论习惯国际法的识别与解释

——以2022年“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”为中心

金永明<sup>1</sup>, 张景惠<sup>2</sup>

(1.中国海洋大学 国际事务与公共管理学院, 山东 青岛 266100; 2.中国海洋大学 法学院, 山东 青岛 266100)

**摘要:**《联合国海洋法公约》与习惯国际法紧密依存, 国际法院正加速对其条款习惯法属性的肯定。在识别习惯国际法的司法实践上, 基于考察“一般惯例”和“法律确信”要素的“归纳法”难以全面适用, 本质上的主观选择性和外在形式上的客观公正性构成国际法院的裁判逻辑主线。其中, 在《联合国海洋法公约》第7条第1款的属性识别上, 2022年“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”判决实质上采用的“断言”方法是该逻辑运用的结果, 也是国际法院追求《联合国海洋法公约》普遍性的“效率”体现。同时, 习惯国际法的“识别”与“解释”存在阶段性区分, 与该案相关的判决内容也贯穿一致的司法能动主义。在具体解释上, 该案对《联合国海洋法公约》第7条第1款的解释属于对条款原有文义的实质突破, 构成司法造法, 相关判决结果在司法造法规律上还呈现出较大可能的沿袭趋势。对此, 中国学界有必要对国际法院的相关裁判动向予以持续关注。

**关键词:**习惯国际法的识别;《联合国海洋法公约》;“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”;司法造法;直线基线

**中图分类号:**D993.5 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2025)01-0003-13

## 一、问题的提出

2022年4月21日, 国际法院发布了“侵犯加勒比海的主权权利和海洋空间案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)”(简称“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”)判决。引人关注的是, 该判决判定《联合国海洋法公约》(简称《公约》)中的多个具体条款反映了习惯国际法规则, 例如, 《公约》第5条、第7条、第33条、第56条、第58条等规定。该案关于直线基线制度的判决最具代表性, 相关内容也主要集中于对《公约》第7条第1款的分析。<sup>①</sup>

“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中, 尼加拉瓜为《公约》缔约国, 哥伦比亚为非缔约国。在此背景下, 对相关条款习惯法属性的肯定构成了适用《公约》的有效途径。而在习惯法的确定上, 不仅《国际法院规约》第38条关于习惯国际法的传统定义明确表达了“通过双要素理论检验习惯国际法规则是否存在”的意涵, 国际法委员会针对性的专题研究更是紧密围绕两要素法而展开。

2012年, 国际法委员会第六十四届会议将“习惯国际法的形成与证据”专题列入其工作方案; 2013年, 第六十五届会议将该专题改为“习惯国际法的识别”, 后历经六年审议, 最终于2018年二读通过了《关于习惯国际法的识别的结论草案》(简称《结论草案》)及其评注。虽然该文件仅是一份《结论草案》, 但鉴于国际法委员会在国际法编纂领域的崇高地位, 其也应该是习惯国际法识别问题上的一份较具权威的文件。<sup>②</sup> 其中, 该《结论草案》明确指出, 两要素法适用于在国际法的所有领域识别习惯国际法规则的存在及内容。<sup>③</sup> 然

**基金项目:**2018年度国家社科基金重大研究专项(18VFH010)

**作者简介:**金永明, 男, 中国海洋大学国际事务与公共管理学院教授、博士生导师; 张景惠, 女, 中国海洋大学法学院国际法专业博士研究生。

<sup>①</sup> 此部分涉及哥伦比亚提出的一项反诉。尼加拉瓜认为其沿加勒比海岸所划定的直线基线符合《公约》第7条第1款所规定的两个地理先决条件:“海岸线极为曲折”以及“紧接海岸有一系列岛屿”; 而哥伦比亚则认为, 通过适用直线基线, 尼加拉瓜试图将大片海域挪为其内水, 并人为扩大其领海、专属经济区和大陆架, 其方式侵犯了哥伦比亚的主权权利和海洋空间。 *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.5, 81, paras.234-235.

<sup>②</sup> 参见朱利江:《“毗连区第一案”的司法解析及中国应对》, 载《政法论丛》2023年第5期, 第87页。

<sup>③</sup> *International Law Commission, Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.131.

而,在国际法院关于海洋争端的司法实践中,《结论草案》在两要素法运用上所达成的精心指导却并未发挥出其应有实效,甚至具体的运用情况可实质表述为实践与理论的偏离。例如,在《公约》第7条第1款的属性确定上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”主要基于两当事国“同意”所实现的识别便利突出显示了国际法院的识别方法缺陷;在该条款的内涵确定上,该案在遵循先例的基础上所提出的“一系列岛屿需呈现一致性或连续性的互联系统”“产生遮盖效应”等新颖参照标准还对国际法院的司法造法现象予以了直观聚焦。

在国际海洋争端解决中,《公约》条款习惯法属性的确定为非缔约国提供了法律适用依据,但如果允许非缔约国选择性适用《公约》中他们所认为的有利条款,《公约》的权威性也将遭到损害。<sup>①</sup>有鉴于此,笔者主要以“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于直线基线制度的判决进行分析,首先初步审视相关判决内容,指出国际法院在形式上显示出适用两要素法的倾向且在条款的解释上具有主观性;其次结合相关案例对该判决内容予以深入解析,明确国际法院实质识别习惯法的方法与逻辑,并重点指出习惯法“识别”与“解释”的混淆是促成该案在形式上流露出两要素法适用倾向的一项缘由;最后就国际法院识别与解释习惯国际法的总体趋势与可能影响作出研判。笔者认为,国际法院在习惯国际法的识别上注重公正外观,习惯国际法的“识别”与“解释”为区分关系,国际法院识别习惯国际法的内在主观任意性也渗透于其对具体条款的解释逻辑中,该案关于直线基线的判决更是“恰巧”支持了美国所一贯坚持的立场,对此中国需予以关注。

## 二、对“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”直线基线条款判决内容的初步审视

在《公约》第7条第1款习惯法属性的确定上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”虽未明确其所运用的识别方法,但其判决在整体形式上流露出适用两要素法的倾向。《公约》第7条第1款规定了适用直线基线的两个特殊地理条件:“海岸线极为曲折”和“紧接海岸有一系列岛屿”。该案不仅对前一条件采取严格适用态度,在对后一条件满足与否的判断上,还创新性地结合了“有关海洋地物是否与其海岸地理结构不可分割”以及“有关岛屿是否产生‘遮盖效应’”两个标准。但无论是关于《公约》第7条第1款的属性识别抑或是规则释义,该案相关判决所显示的共同缺陷均在于“国家实践要素的考察缺失”。

### (一) 条款属性的识别倾向采用两要素法

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中,国际法院基于两方面的理由认定《公约》第7条第1款为习惯国际法。一方面,当事国双方就该条款的习惯国际法属性达成了一致。另一方面,国际法院简要指出,在1951年“英国诉挪威的渔业案”(简称“渔业案”)判决中,鉴于挪威海岸的地理特征,其已承认直线基线的适用是“一般国际法对具体案件的适用”,且1958年《领海及毗连区公约》和1982年《公约》中的具体条款规定还对该判决内容予以转化性吸收。<sup>②</sup>

与此同时,在习惯国际法的识别问题上,不仅《国际法院规约》第38条第1款规定习惯国际法由“一般惯例”和“法律确信”(“被接受为法律”)两要素构成,国际法委员会“习惯国际法识别”的专题工作也表示两要素法受到普遍欢迎,<sup>③</sup>在关于习惯国际海洋法的司法实践中,两要素法更是得到国际法院的确切提及。例如,在“北海大陆架案”中,国际法院就明确指出,要确定习惯国际法规则的存在,就必须具备“既定惯例”及“法律确信”两要素;<sup>④</sup>在“缅因湾海洋区域划界案”中,国际法院的一个分庭还认为习惯国际法规则存在于国家的“法律确信”中,对此需要根据足够广泛和令人信服的惯例进行分析推理来验证;<sup>⑤</sup>在“大陆架案”中,国际法院也表示习惯国际法的要素主要应在各国的实际实践和“法律确信”中寻找。<sup>⑥</sup>

然而,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第7条第1款的属性确定并未显示出明确的识别方法。但

<sup>①</sup> Khaled Elmahmoud, *American Pick and Choose or Customary International Law?*, Blog of the European Journal of International Law (17 January 2024), <https://www.ejiltalk.org/american-pick-and-choose-or-customary-international-law>.

<sup>②</sup> *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p.31; *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.83, para.242.

<sup>③</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Sixty-Six Session (2014)*, A/69/10, p.237.

<sup>④</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p.45, para.77.

<sup>⑤</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p.57, para.111.

<sup>⑥</sup> *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p.20, para.27.

从法官的相关评价中可以观察到:该案所运用的识别方法更加偏向为两要素法。比如,麦克雷(Mcrae)专案法官在其反对意见中即径直表示:“国际法院的分析中所缺少的是对划定直线基线的国家实践的处理。”<sup>①</sup>同时,诉讼主体在同一案件、相同主题上的法律逻辑理应保持一致,该案中的两当事国的相关论述也可强化上述结论。例如,哥伦比亚在评估一国在另一国专属经济区行为的合法性上就指出:“需要考虑到习惯国际海洋法,这可通过《公约》案文和国家实践进行确定……”;<sup>②</sup>尼加拉瓜在《公约》第33条习惯国际法属性的认定上也表示:“该条规定的24海里界限得到了‘几乎一致’的国家实践的支持。”<sup>③</sup>然而,即使肯定该判决形式上的两要素法倾向,该案关于《公约》第7条第1款习惯法属性的认定也明显缺失对实践要素的考察。

此外,从“双方合意”的角度来看,国际法院关于该条款属性的认定也依旧缺乏审慎性与合理性。在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”中,国际法院就曾明确表示:“如果两国商定将某项规则纳入条约,其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则;但在习惯国际法领域中,仅缔约方就规则内容达成共识还不够,法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确信中。”<sup>④</sup>同时,国际法委员会在其《结论草案》评注的注释中也特别指出:“……习惯国际法主观要素的实质在于法律信念而非正式同意。”<sup>⑤</sup>且不同于国际法院在1960年的“印度领土通行权案”中首次承认的“双边习惯法”以及国际法委员会《结论草案》结论16中正式规定的“特别习惯法”,在缔约数量上占绝对优势的《公约》本身也并无构成该习惯法类别的可能。另需强调的是,特别习惯法的识别也适用两要素法。<sup>⑥</sup>

可见,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第7条第1款习惯法属性的确定扩大了《公约》的适用范围、便利了哥伦比亚这一非缔约国的法律适用。从形式上看,该案关于该条款属性的确定倾向采用两要素法。但在此基础上,该案也明显缺失对“一般惯例”的考察。同时,国际法院的相关判例显示,缔约方仅就规则内容达成共识不足以确定习惯国际法的存在,特别习惯国际法的识别依旧适用两要素法。

## (二) 条款范围的确定缺失对实践要素的考察

《公约》第7条第1款基本反映了1951年“渔业案”判决中的相关内容,构成了对挪威海岸的描述。<sup>⑦</sup>其中,该条款规定了允许应用直线基线法确定基线的两种特定地理情况,一种是“海岸线极为曲折”,另一种是“紧接海岸有一系列岛屿”。<sup>⑧</sup>而“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国际法院的困难在于:如何将条款应用于不同于挪威的海岸,也即,如何解释上述两术语的含义,使其可以很容易地适用于该案中的沿海地貌,并可作为关于各国如何将该条款适用于本国海岸的指南。<sup>⑨</sup>

### 1. 关于“极为曲折”

“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”涉及尼加拉瓜海岸的9个基点。<sup>⑩</sup>其中,国际法院主要聚焦于基点8到基点9之间的基线段是否符合“极为曲折”的要求的判断。国际法院认为:“在《公约》第7条第1款所要求的条件下,海岸线仅有轻微的凹痕和凹陷是不够的,海岸必须‘极为曲折’,而尼加拉瓜海岸的凹痕未充分深入内

<sup>①</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mcrae, p.16, para.77.

<sup>②</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.31, para.53.

<sup>③</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.56, para.147.

<sup>④</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.98, para.184.

<sup>⑤</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.127.

<sup>⑥</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.160.

<sup>⑦</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mcrae, p.16, para.74.

<sup>⑧</sup> 参见[斐济]萨切雅·南丹、[以]沙卜泰·罗森主编:《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(第2卷),吕文正、毛彬译,海洋出版社2014年版,第72页。

<sup>⑨</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mcrae, p.16, para.74.

<sup>⑩</sup> 2013年8月27日,尼加拉瓜颁布了第33号法令,通过该法令建立了一个沿加勒比海岸的直线基线系统,据此测算其领海宽度。在该法令序言中,尼加拉瓜声称这些基线是根据《公约》的规定确立的。该法令确立了九个基点(两个位于尼加拉瓜大陆海岸的低潮线上,其余七个位于尼加拉瓜大陆海岸向海岛屿的低潮线上)和八个直线基线段。*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.81, para.234.

陆,或呈现出足以使其认为该部分‘极为曲折’的特征。”<sup>①</sup>国际法院还援引“渔业案”判决中的措辞,提到对该海岸的要求是一个“非常独特的构造”或不是“沿其长度断裂”或凹陷“通常向内陆延伸很远”。<sup>②</sup>因此,考虑到直线基线法“必须进行限制性适用”,国际法院认为,经修订的尼加拉瓜第33号法令所界定的基点8至基点9之间的直线基线段不符合《公约》第7条第1款所反映的关于划定直线基线的习惯国际法。<sup>③</sup>

然而,国际法院的相关解释并未赋予“极为曲折”概念以准确内涵。对此,麦克雷专案法官也在其反对意见中指出:“国际法院关于‘极为曲折’的解释给人留下的印象是,该结论并非基于明确的标准,而是基于对‘极为曲折’含义的主观印象。”<sup>④</sup>

## 2. 关于“紧接海岸有一系列岛屿”

对于基点1到基点8之间的基线段,国际法院指出:“在尼加拉瓜的近海岛屿是否构成《公约》第7条第1款所指的‘紧接海岸有一系列岛屿’的问题上,双方存在分歧,且在争议岛屿<sup>⑤</sup>是否‘与大陆形成统一’或对尼加拉瓜海岸具有‘遮盖效应’的问题上当事双方意见不一。”<sup>⑥</sup>

首先,国际法院对“一系列岛屿”的存在进行了总体性回顾。国际法院指出,尽管“系列岛屿”一词意味着,相对于海岸长度而言,这种岛屿的数量不应太少,但并没有关于岛屿最小数量的具体规则,并强调其过去还将“一系列岛屿”等同于一个“群岛”或一个“岛屿系统”;<sup>⑦</sup>在“厄立特里亚和也门红海划界案”中,仲裁庭还将“一系列岛屿”描述为“一组紧密相连的岛屿和小岛,或由岛屿和小岛组成的‘地毯’(carpet)”或“一个守卫这部分海岸的,由岛屿、小岛和礁石所组成的复杂系统”。<sup>⑧</sup>由此,国际法院认为,有关岛屿必须具有一定的连续性,并指出该词在《公约》其他正式语言中的通常含义强化了该结论。例如:“在法语中,‘一系列岛屿(un chapelet d'îles)’就意味着某种连续性或持续性。”<sup>⑨</sup>国际法院进而推导出:“一个‘系列’必须包含一组或一群岛屿,这些岛屿呈现出一个具有某种一致性或连续性的互联系统。……在某些情况下,这些岛屿可能会对大部分海岸产生遮盖效应。”<sup>⑩</sup>

其次,国际法院又将该部分基点分为两组,并分别适用两种不同的标准进行判断。在决定其中一组相关海洋地物是否可被视为“一系列岛屿”时,国际法院指出,《公约》第7条第1款所反映的习惯国际法要求有关海洋地物必须位于“沿岸”及其“紧接地区”,并将该款与第3款予以合并解读,认为《公约》第7条第1款的具体要求表明,“一系列岛屿”必须充分接近陆地,如此才能被视为该海岸的外缘或末端。<sup>⑪</sup>一般而言,有关海洋地物是该国整体地理结构的一部分并不充分,它们还需要成为其海岸地理结构不可分割的一部分。<sup>⑫</sup>国际法院认为:“尼加拉瓜‘岛屿’彼此间的距离不足以形成一个连贯的‘群’或一个沿海‘系列’,且与被视为海岸外缘的陆地未充分相连。”<sup>⑬</sup>此外,国际法院还结合“尼加拉瓜直线基线所包围海域未显示出存在有权

<sup>①</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.84, para.245.

<sup>②</sup> *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p.15.

<sup>③</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.84, para.245.

<sup>④</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Merae, p.16, para.75.

<sup>⑤</sup> 该案中,双方还在“某些地物是否为岛屿的问题上存在分歧”。对此,国际法院对爱丁堡礁的地物性质问题进行审议。其中,国际法院对《公约》第7条第1款作出目的解释,主要以尼加拉瓜未能证明爱丁堡礁的岛屿性质为由,对爱丁堡礁的岛屿地位予以否认。

<sup>⑥</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.85, para.247.

<sup>⑦</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, p.67, para.214.

<sup>⑧</sup> *Second Stage of the Proceedings Between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)*, Award, 17 December 1999, RIAA, Vol. XXII(2001), p. 45, para.151.

<sup>⑨</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.87, para.254.

<sup>⑩</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.87, para.254.

<sup>⑪</sup> *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p.16.

<sup>⑫</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, p. 67, para. 214; *Second Stage of the Proceedings Between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation)*, Award, 17 December 1999, RIAA, Vol. XXII(2001), p.4, para.14.

<sup>⑬</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.87, para.256.

拥有领海的海洋地物、基点间存有明显的连续性断裂”来证实其结论。<sup>①</sup>

最后,国际法院适用“遮盖效应”标准对另一组岛屿进行判断。在对该标准的评估上,哥伦比亚主张采用严格的正面投影来确定海岸被岛屿遮盖或保护的程度,认为有关海洋地物遮盖了不超过5%至6%的海岸;<sup>②</sup>尼加拉瓜指出,根据法院判例,应从与大陆海岸一般方向的垂线呈20度的角度来看所有有关岛屿和海洋地物的投影,认为根据该方法有关海洋地物产生了46%的遮盖效应。<sup>③</sup>对此,国际法院并未对双方的不同意见作出评价,而是认为:“即使其接受尼加拉瓜的方法,本案相关海洋地物的遮盖效应也不够明显,不足以认为它们遮盖了该海域的大部分海岸。”<sup>④</sup>可见,国际法院所提出的“遮盖效应”并不精确,实际上也并未赋予该术语以具体内涵。<sup>⑤</sup>

总体而言,在《公约》第7条第1款的适用标准的解释上,正如麦克雷专案法官在其反对意见中所认为的:“国际法院所做的是根据《公约》第7条的措辞所造成的印象来对尼加拉瓜的基线进行衡量,而不是通过对各国相关的解释和适用情况的考虑来赋予这些用语以具体内容,从而减少主观性,为本案结论的得出以及各国今后对该条款的解释提供指导。”<sup>⑥</sup>

### 三、“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中识别方法的适用逻辑与条款解释分析

#### (一)“断言”为国际法院实质适用方法

##### 1. 国际公认的认识方法:归纳法和演绎法

两要素法又称归纳法,是习惯国际法的传统识别方法,也有学者将其界定为经验概括法,即“从经验上可观察到的国家实践和法律确信的个别实例中推导出一般规则的方法”。<sup>⑦</sup>然而,归纳法也并非国际法院识别习惯国际海洋法的唯一方法。对此,国际法委员会在2018年《结论草案》及其评注中即明确指出:“归纳法与可能的演绎法相对,根据演绎法,规则可通过存在一般惯例及其被接受为法律(法律确信)的经验证据之外的方式确定。”<sup>⑧</sup>

实际上,演绎法的运用情况也具体体现在国际海洋法领域的司法实践中。例如,在1927年的“‘荷花’号案”中,作为国际法院前身的常设国际法院即从“海洋自由原则”中推断出“公海上的船只除受悬挂其国旗的国家的管辖外,不受任何管辖的规则”;<sup>⑨</sup>在1985年的“大陆架案”中,国际法院还根据“距离原则”赋予各国200海里的大陆架权利;<sup>⑩</sup>在2009年的“黑海海洋划界案”中,国际法院更是基于“陆地统治海洋原则”,推

<sup>①</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.88, para.256.

<sup>②</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.81, para.235.

<sup>③</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.82, para.237.

<sup>④</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.88, para.257.

<sup>⑤</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mcrae, p.16, para.76.

<sup>⑥</sup> 例如,在国家实践中有沿总体平滑且无深凹的海岸线划定直线基线的做法,这其中就包括哥伦比亚本身的实践。此外,挪威在扬马延岛周围、西班牙在其大陆海岸以及马达加斯加、阿尔巴尼亚、哥斯达黎加、埃及、几内亚、伊朗、阿曼、巴基斯坦和塞内加尔都存在此类直线基线划定方式。也正如麦克雷专案法官所指出的:“在直线基线的划定上有许多国家实践的例子,包括哥伦比亚本身的实践。从这些实践来看,尼加拉瓜的直线基线并未偏离各国对第7条的解释方式。”Coalter G. Lathrop, J. Ashley Roach & Donald R. Rothwell, *Baselines Under the International Law of the Sea: Reports of the International Law Association Committee on Baselines Under the International Law of the Sea*, Brill Research Perspectives in the Law of the Sea, Vol.2:1, p.73(2019); *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Mcrae, p.16-17, paras.77-78.

<sup>⑦</sup> Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, *European Journal of International Law*, Vol.26:417, p.420(2015).

<sup>⑧</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.130.

<sup>⑨</sup> *Lotus (French v. Turkish)*, Judgment, P.C.I.J. Reports 1927, p.25.

<sup>⑩</sup> 在该案中,国际法院认为国际实践已表明专属经济区制度及其因距离而享有权利的规则已成为习惯法的一部分,且大陆架制度与专属经济区制度联系密切,没有专属经济区的国家可以有大陆架,但没有相应的大陆架就不可能有专属经济区,最终基于司法和实际原因,得出距离标准必须适用于大陆架制度的结论。 *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p.24, para.34.

断出向海方向的海岸投影产生海洋权利主张等判决结论。<sup>①</sup>

可见,归纳法虽为习惯国际法的传统识别方法,且“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第7条第1款习惯法属性的识别也从形式上反映了适用该方法的倾向,但通过对相关文本及国际法院判例的考察可知:除归纳法外,国际法院关于习惯国际海洋法属性的识别还存在对演绎法的灵活运用。据此可确认,在习惯国际海洋法的认定上,归纳法和演绎法均为国际社会所公认的认识方法。而由于《公约》第7条第1款规定并不涉及观念性内容,也可肯定的是,对该条款属性的识别理应适用归纳法。

## 2. 国际法院便捷的识别方法及运用:“断言”

演绎法是从一个既存的并得到普遍接受的规则或原则中推导出另一个习惯国际法规则的方法。<sup>②</sup>从时间上来看,归纳法与演绎法在国际司法实践中的交互运用仅表明二者为国际法院所一贯适用的方法,而绝非代表习惯国际法由传统向现代的过渡。<sup>③</sup>从功能上来看,田中(Tanaka)法官针对“距离原则”还指出了演绎法增强说服力的作用;<sup>④</sup>2018年《结论草案》及其评注也肯定了演绎法在归纳法适用过程中的辅助作用。<sup>⑤</sup>实际上,国际法院采用演绎推理也并非以逐步发展国际法为目的,而是在归纳法无法产生任何结果的情况下发展国际法。<sup>⑥</sup>可见,演绎法对归纳法起到功能补充作用。然而,通过对此两种方法实际运用情况的观察也可知,在国际司法实践层面,二者的这种理论层面的区分性,通常呈现出方法适用逻辑上的一致性。

田中法官在关于“北海大陆架案”的反对意见中指出:“‘国家实践’和‘法律确信’分别为习惯国际法中的定量因素和定性因素,要决定在习惯法的形成过程中是否存在这两个因素,棘手而困难。于定量因素而言,重复的情况、国家实践例证的数量、习惯法产生所需的实践都无法以数学方法、以统一标准决定。于定性因素而言,这一涉及内部动机和心理性质的因素更是难以轻易确定。”<sup>⑦</sup>卡斯特罗(De Castro)法官在关于“渔业管辖权案”的个别意见中也表示:“很难证明存在被接受为法律的一般惯例。”<sup>⑧</sup>

事实上,两要素说并未获得国际法院的严格遵循,“国家实践”和“法律确信”在很大程度上仅是国际法院案例文本中的一个抽象存在。<sup>⑨</sup>也即,归纳法和演绎法使得国际法院能够将习惯国际法的确定行为描述为一种形式主义的识别行为而并不蕴含自由裁量的因素,<sup>⑩</sup>但在司法实践中,本质上的内在选择性和外在形式上的客观公正性实际构成国际法院的裁判逻辑主线。因此,在《公约》第7条第1款习惯法属性的识别上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国际法院主要依据两当事国“同意”所作的肯定性结论具有可解释性。

此外,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”也并非国际法院依赖当事国“同意”确认《公约》条款习惯法属性的唯一代表性案例,2001年的“卡塔尔与巴林海洋划界和领土问题纠纷案”(简称“卡塔尔诉巴林案”)的相关裁判实际上与本案具有一定的相似性。在该案中,国际法院仅以巴林为《公约》批准国、卡塔尔为签署国为由,即认定编入《公约》中的习惯国际法为适用法。同时,在双方同意《公约》中与该案相关的大多数条款为习惯法的基础上,国际法院又仅以《公约》第15条实际上与《领海及毗连区公约》第12条第1款规定相同为由,视该条款具有习惯法属性。<sup>⑪</sup>

① *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p.39-40, para.99.

② 参见邓华:《国际法院认定环评规则为习惯法的路径、方法和局限》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第7期,第75页。

③ William Thomas Worster, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches*, Georgetown Journal of International Law, Vol.45:445, p.446(2013).

④ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p.179.

⑤ International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.148.

⑥ Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, European Journal of International Law, Vol.26:417, p.430-431(2015).

⑦ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p.175-176.

⑧ *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Separate Opinion of Judge De Castro, p.101.

⑨ 参见邓华:《国际法院认定习惯国际法之实证考察——对“两要素”说的坚持抑或背离?》,载《武大国际法评论》2020年第1期,第27-28页。

⑩ Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajävi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.275.

⑪ *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p.55, 58, paras.167, 176.

可见,归纳法并未贯彻“确保识别工作只确定实际存在的习惯法规则”的宗旨,<sup>①</sup>该方法理论层面的客观公正性通常遭致真实国际司法实践上的运用困难。与此同时,演绎法降低了归纳法单独确定两构成要素的证明难度,对归纳法起到功能补充作用,但二者理论层面的区分性在实际的方法运用上则通常表现为本质相一致的主观性和选择性,且两当事国的“共同同意”也并不足够掩盖国际法院此种裁判逻辑上的主观价值偏向。于是,从实质上看,在《公约》第7条习惯法属性的识别上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”缺失具体论证过程的方法运用被归为国际法院的简单“断言”<sup>②</sup>理应合理。同时还应予强调的是,不同于归纳法和演绎法,“断言”本质上为一种判决起草方法而并非是识别习惯国际法规则是否存在的有效工具。<sup>③</sup>

总结而言,在习惯国际海洋法规则的识别上,国际法院实际所采用的是归纳法、演绎法与“断言”相交织的混合方法,<sup>④</sup>且三者并未在方法运用上表现出明显的时间要素差别。例如,在1949年的“科孚海峡案”中,就存在军舰有权无害通过国际海峡的“断言”。<sup>⑤</sup>在2001年的“卡塔尔诉巴林案”中,国际法院还“断言”《公约》第121条第1款和第2款为习惯国际法。<sup>⑥</sup>此外,当事国的一致同意还便利了国际法院肯定性“断言”的作出、自洽式地赋予了相关判决以公正外观。然而,“断言”自始缺乏实际有效性,其累积适用不仅将使国际法委员会关于识别习惯国际法的专题工作丧失现实意义,还将存在动摇国际法院地位的可能。

## (二) 习惯国际法规则解释的正当性判断

### 1. 习惯国际法的“识别”与“解释”为区分关系

在简易“断言”《公约》第7条为习惯国际法的基础上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”还对该条第1款内容进行了细致解读。而在进行解释的正当性判断之前,关于习惯国际法的“识别”和“解释”之间的关系问题也需得到前提性明确。例如,麦克雷专案法官在其反对意见中即指出:“本案的相关分析缺少对划定直线基线的国家实践的处理。”<sup>⑦</sup>但此种对“国家实践”的参照应本质上区别于习惯国际法识别中所要确定的构成要素。

事实上,归纳法的运用确实易于产生习惯国际法“识别”与“解释”的混淆。对此,有学者指出:“习惯法没有解释的文本存在,习惯法的解释与确定是统一的,只有把习惯法的解释建立在同时也是‘确定’的意义上才具有可行性。”<sup>⑧</sup>还有学者认为:“习惯国际法的存在与内容是同时确定的,通过严格适用两要素法来识别习惯国际法本身就满足了解释的内容决定方面。”<sup>⑨</sup>另有学者径直表示:“习惯规则的识别是确定其内容的唯一操作,对习惯规则任何形式的澄清都需要一个新的识别阶段。”<sup>⑩</sup>总结而言,上述观点将习惯国际法规则与其构成要素(“国家实践”和“法律确信”)等同,认为习惯国际法规则的识别中存在固有的解释要素。<sup>⑪</sup>

① 国际法委员会在2018年《结论草案》及其评注中指出:“两要素法是结论草案的基础,也得到各国判例和学术著作的广泛支持。该方法旨在确保识别习惯国际法规则的工作只确定实际存在的此类规则。”

② 中国学者还将这种未通过详细论证而径自认定存在习惯国际法规则的方法称为“宣称”,也有学者认为该方法更倾向于“断定”或“不证自明”,即国际法院未经过归纳法或演绎法的严格推理过程而直接认定习惯法规则的方法。参见张华:《反思国际法上的“司法造法”问题》,载《当代法学》2019年第2期,第142页;邓华:《国际法院认定环评规则为习惯法的路径、方法和局限》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第7期,第77页。

③ Omri Sender & Michael Wood, *The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon*, Blog of the European Journal of International Law (30 November 2015), <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>; Panos Merkouris, *Interpreting the Customary Rules on Interpretation*, *International Community Law Review*, Vol.19:126, p.137(2017).

④ Stefan Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology Between Induction, Deduction and Assertion*, *European Journal of International Law*, Vol.26:417, p.441(2015).

⑤ 在1949年的“科孚海峡案”中,国际法院指出:“普遍公认且符合国际习惯的是,在和平时期,各国有权在未经沿海国事先许可的情况下,以在公海的两个区域之间进行国际航行行为为目的而通行海峡,该通行应是无害的。”*Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p.28.

⑥ *Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p.61, 63, paras.185, 195.

⑦ *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Merae, p.16, para.77.

⑧ 姜世波:《习惯国际法的司法确定》,中国政法大学出版社2010年版,第27、243页。

⑨ Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajävi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.348-349.

⑩ Anastasios Gourgourinis, *The Distinction Between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol.2:31, p.36(2011).

⑪ Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajävi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.399.

对此,国际法委员会所达成的《结论草案》似乎也并未对这一问题进行明确,其结论1还指出:“本结论草案涉及如何确定习惯国际法的存在及内容。”但应注意的是,《结论草案》同时也表示,其草案仅涉及习惯国际法的识别方法问题,并未涉及习惯国际法的实质内容。<sup>①</sup> 回顾《结论草案》的起草程序,包括白俄罗斯、新西兰、韩国、新加坡、美国等国家还对《结论草案》在习惯国际法的识别与确认问题上的实用指南作用予以明确肯定。<sup>②</sup> 其中,丹麦还特别指出其同意《结论草案》的总体范围仅限于针对习惯国际法的识别。<sup>③</sup> 可见,在习惯国际法构成要素的确定上,《结论草案》实质所涉及的也仅是对于每一要素证据的评估与评价,其案文所指的关于“习惯国际法内容的确定”实际也并不存在规范意义上的解释性含义。

也正如学者所指出的,“解释”应定义为重构法律条款的含义以理解其范围的操作;<sup>④</sup>“最初的内容识别过程旨在探寻习惯规则本身,并初步确定其内容,此行为是一个归纳概括的过程,即使其中存在某种解释性推理,其仍为一项法律确定活动。但是,随后的内容确定行为所关注的并非法律确定,而是以有助于解决争端的方式解释相关规范。”<sup>⑤</sup>也即,此类观点认为,习惯规则识别中的“解释”不属于法律意义上的“解释”,习惯规则的“识别”和“解释”是可予区分的两个不同阶段。

实际上,习惯规则在某一特定案件的具体适用赋予了该规则本身以解释性意义,法律意义上的“解释”应仅适用于识别习惯规则后的阶段,即规则范围的确定阶段。在“国家管辖豁免案”中,国际法院所表示的先确定赋予国家管辖豁免权的习惯国际法的存在、再确定豁免的程度和范围的观点即属于对区分习惯国际法的“识别”与“解释”的支持。<sup>⑥</sup> 同样地,在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案”中,国际法院也指出:“条约法和习惯国际法中完全相同的规则可通过解释和适用的方法加以区分。”<sup>⑦</sup>而将习惯规则的解释过程等同于其识别过程的观点不仅将使习惯规则的发展束缚于两要素证据的判断之上,其对习惯规则所表达的极其精确性要求也显然是对习惯国际法规则的持续存在性与稳定性、内容的发展性与适应性的否认。此外,笔者还认为,对习惯国际法的“识别”与“解释”的区分也便于对此两阶段裁判分别评价,诸如在简单“断言”习惯国际法规则存在的前提下所作的解释本身也不应构成对习惯法的解释。值得一提的是,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于直线基线的判决在形式上所流露的两要素法适用倾向,实质上也正存有习惯法规则的“识别”与“解释”界限模糊的缘由。

## 2. 对条款的解释构成司法造法行为

法律本身的意涵只有通过解释活动才能得到最终确定的观点同样适用于习惯国际法规则。<sup>⑧</sup> 在内在的解释逻辑上,虽然根据《国际法院规约》第59条,国际法院的判决并不受先前判决的约束,国际司法机构相互之间也并无遵守先例的义务,<sup>⑨</sup>但在真实的国际司法实践中,以往判例则通常可作为国际法院所援引的裁判依据。在此,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第7条第1款的内容解释即为这一方面的典型代表。

例如,如前文所述,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于“极为曲折”的判断,是在援引“卡塔尔诉巴林案”中直线基线法应予严格适用的观点的基础上,结合“渔业案”关于“极为曲折”内涵的阐释作出的。在关于“一系列岛屿”的判断上,国际法院更是悄然突破“卡塔尔诉巴林案”和“厄立特里亚和也门之间的仲裁程序的第二阶段案”(海洋划界)(简称“厄立特里亚诉也门案”)的相关内容,从中推导出有关岛屿应具有连续性的特征。同时,针对“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”有关“海洋地物”是否可被视为“一系列岛屿”的判断,国际法院所确定的相关标准实际也是径直援引“渔业案”和“卡塔尔诉巴林案”相关判决内容的结果。

<sup>①</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.128.

<sup>②</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/CN.4/716, p.4-10.

<sup>③</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/CN.4/716, p.4.

<sup>④</sup> Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajävi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.420.

<sup>⑤</sup> Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer & Noora Arajävi eds., *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge University Press, 2022, p.407.

<sup>⑥</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p.122, para.55.

<sup>⑦</sup> *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.85, para.178.

<sup>⑧</sup> 参见禾木:《当代国际法学中的“一般国际法”概念——兼论一般国际法与习惯国际法的区别》,载《中山大学学报(社会科学版)》2014年第5期,第172页。

<sup>⑨</sup> 参见张华:《反思国际法上的“司法造法”问题》,载《当代法学》2019年第2期,第144页。

此外,即使仅从具体内容的角度来看,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国际法院的相关解释也显失正当。以该案所创造性提出的“遮盖效应”标准为例,事实上,联合国官方出版物中也存在相近意思的标准内容,且这一标准还被《公约》评注与中国关于该条款的释义吸收。<sup>①</sup> 具体而言,在《公约》第 7 条第 1 款中“一系列岛屿”的解释上,联合国海洋事务与海洋法办公室指出:“这些岛群一般属于其中的一类。一类是所涉及的岛屿似乎与大陆形成一个整体,这些岛屿似乎与海岸连为一体,在小比例尺地图上,它们似乎是大陆的延续;另一类为在距离海岸一定距离形成一道屏障,从海上看去遮掩了大部分海岸的一些岛屿。”<sup>②</sup>

从概念表述上看,联合国的官方解释似乎赋予了“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”的“遮盖效应”标准以正当性基础。但通过分析可知,二者的区别是本质的:前者的解释具有缓和指引性、存在进一步宽松解释的空间;而后者,即“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”的“遮盖效应”标准却是建立在“这些岛屿呈现出某种一致性或连续性的互连系统”之上的。<sup>③</sup> 同时,国际法院对此表示,即使其接受了尼加拉瓜所采取的方法(根据这种方法可判断产生了 46%的“遮盖效应”),这种“遮盖效应”也是不明显的。<sup>④</sup> 以上表明,《公约》评注中的标准旨在促进《公约》第 7 条第 1 款的适用,而“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”则旨在对该条款的适用施以更为严苛的限制。

可见,国际法体系内“因循先例原则”的缺失并未在事实上影响国际法院对以往先例的遵守和突破。不可否认的是,关于判例法连贯性的凸显确实可规避同一规则解释上的冲突或矛盾,但诸如“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”基于先例所呈现的公正外观也显然不能赋予其判决内容以实质的公允和正当。同时,即使可以允许《公约》中的部分规定具有国际法自身的创造性,<sup>⑤</sup> 国际法院本身也在解释上具有一定的灵活性,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第 7 条第 1 款的解释依然属于对其解释限度的超越,已严重脱离了该规则文本本身的含义、实际已造成该规则实效的丧失。可以说,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第 7 条第 1 款的解释已达到取缔该规则的效果,国际法院的该解释行为已构成事实上的司法造法。

## 四、国际法院识别与解释习惯国际法的总体趋势与影响

国际法院是联合国的主要司法机关,负责解决联合国成员国之间所产生的争端。即便国际法院和法庭不存在等级关系,其他法院和法庭也往往认为国际法院的判决具有权威性。<sup>⑥</sup> 目前,中国尚未选择接受国际法院的强制管辖,也从未主动提起或被动卷入过国际法院的任何案件。<sup>⑦</sup> 可以说,在习惯国际海洋法规则的识别、解释、抑或创制方面,中国所可能发挥的作用依旧有限。与此同时,对“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于直线基线的判决内容进行分析所观察到的以下趋向更值得中国的重视与警惕。

### (一) 国际法院加速推进《公约》普遍化进程

《公约》作为折衷与调和的产物,其最初的起草目的是为获得最大范围的接受,增加其适用上的普遍性。<sup>⑧</sup> 与此形成对应的是,回顾与结合自《公约》缔结以来国际法院所审理的海洋争端案件,还可发现国际法院存在一项推动《公约》习惯国际法化的政策取向。<sup>⑨</sup> 而这一政策取向不仅与国际法院追求《公约》普遍性的目的密切契合,更重要的还在于习惯国际化途径在国际法院这一目的实现上的效率赋予。

<sup>①</sup> 参见张海文主编:《〈联合国海洋法公约〉释义集》,海洋出版社 2006 年版,第 27 页;[斐济]萨切雅·南丹、[以]沙卜泰·罗森主编:《1982 年〈联合国海洋法公约〉评注》(第 2 卷),吕文正、毛彬译,海洋出版社 2014 年版,第 72 页。

<sup>②</sup> Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *The Law of the Sea: Baselines: An Examination of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, United Nations, 1989, p.21.

<sup>③</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.87, para.254.

<sup>④</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2022, p.88, para.257.

<sup>⑤</sup> 参见[日]村濑信也:《国际立法——国际法的法源论》,秦一禾译,中国人民公安大学出版社 2012 年版,第 3 页。

<sup>⑥</sup> International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.154.

<sup>⑦</sup> 需要注明的是,在国际法院“关于科索沃单方面宣布独立是否符合国际法的问题”的咨询意见程序中,中国递交了书面意见,并发表了口头意见。这是中国首次参加国际法院的审理程序。

<sup>⑧</sup> 参见金永明:《海洋问题时评》(第 1 辑),中央编译出版社 2015 年版,第 8 页。

<sup>⑨</sup> 参见朱利江:《“毗连区第一案”的司法解析及中国应对》,载《政法论丛》2023 年第 5 期,第 90-91 页。与此同时,在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中,国际法院关于习惯国际法规则的认定更是直接涉及《公约》第 5 条、第 7 条、第 33 条、第 56 条、第 58 条、第 61 条、第 62 条、第 73 条、第 88 条至第 115 条、第 121 条第 1 款以及第 303 条第 2 款,而这也正是国际法院追求《公约》普遍性的具体表现。

一方面,《公约》与习惯国际法的紧密依存关系影响国际法院在习惯国际法识别上的底层逻辑。回顾《公约》的缔结程序,贝尔纳多·苏莱塔(Bernardo Zuleta)在对《公约》的介绍中曾表示:“《公约》的制定代表了建立真正的普遍性的意图,通过审查各个条款的性质可表明,其中《公约》也代表了习惯规范的编纂……”<sup>①</sup>此外,在1984年的“缅因湾海洋区域划界案”中,国际法院分庭的判决以及格鲁斯(Gulf)法官的不同意见也表示:“《公约》是一种编纂海洋法的《公约》……”;<sup>②</sup>关于《公约》序言的评注还表明,序言部分第七段海洋法编纂和逐渐发展的方案的使用旨在提醒解释者注意:“整个《公约》在协商和起草《公约》的人的心目中并未被通过,而是被彻底地完全归类为编纂,只是以书面形式重申习惯法是什么……”。<sup>③</sup>

“一项条约的缔约方数量可能是确定该条约所载具体规则是否体现习惯国际法的重要因素,在这方面,已经几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有指示性。”<sup>④</sup>截至目前,《公约》已有170个缔约方,<sup>⑤</sup>这一参与程度上的绝对优势反映了《公约》条款成为习惯法规则的极大可能性。有学者指出:“《公约》作为习惯国际法的法典化,其主体由习惯国际法构成。”<sup>⑥</sup>“《公约》已经符合条约整体成为习惯国际法的各项条件,《公约》本身在极大程度上反映了习惯国际法。”<sup>⑦</sup>可见,在肯定《公约》关于海洋法的逐渐发展的同时,<sup>⑧</sup>《公约》关于习惯法的编纂更得到国际社会广泛而深刻的认同。在此背景下,《公约》与习惯国际法的紧密交织关系也潜在影响着国际法院的内在逻辑,一定程度上正当地促进了国际法院对《公约》条款习惯法属性的肯定。

另一方面,国际法院识别习惯国际法的实际效率性考虑也呼应其内在逻辑。“国际法院从未放弃自己牢牢扎根于《国际法院规约》措辞之中的观点,即习惯国际法是‘被接受为法律的通例’……然而,在实践中,国际法院从来不认为有必要针对某一特定案件中据称属于习惯法的每一条规则进行这样的调查,而是利用最佳和最快捷的现有证据,确定是否存在此种习惯规则。”<sup>⑨</sup>此外,美国在关于《结论草案》的意见中也指出:“在诉讼中,各国可能选择坚称或拒绝质疑规则具有习惯法性质,这是诉讼战略使然,而不是因为经过详尽评估得出这些规则具有习惯法性质。在一起案件中,法庭可能仅凭各方没有争议,不经分析便认定一项规则具有习惯法性质,而在另一起案件中,法庭可能在各方和法庭之友作出有力陈述后仔细审议问题。”<sup>⑩</sup>

可见,国际法院关于两要素法的实际运用事实上偏离其所宣示的做法,即使多国在《结论草案》的起草过程中还共同强调习惯规则确定过程的严格性。例如,美国就指出,识别一条习惯规则是否已经成为习惯国际法,需要严谨分析以确定关于形成的严格要求是否得到满足;中国还认为对于习惯国际法的识别应采取严谨而系统的方法;以色列也表示习惯国际法的识别过程须具备穷尽性、实证性和客观性。<sup>⑪</sup>但国际法院的实际司法实践似乎并未反映此类关切。在此方面,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”判决关于“断言”的适用即是国际法院在习惯国际法的识别上依旧言行不一的有力例证。

综上,《公约》与习惯国际法的紧密依存关系,正当地促成国际法院内在逻辑上关于《公约》主体由习惯国际法构成的认定,而国际法院在习惯国际法识别上的实际效率性考虑又与该内在逻辑形成映照,从而加速推进了《公约》的普遍化进程。然而,这种对习惯国际法规范效率的刻意提升所带来的影响也是多方面的。例如,在潜在风险上,习惯国际法的便捷司法工具角色愈加突出,习惯国际法识别上所实质具有的主观价值

① [美]迈伦·H.诺德奎斯特主编:《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(第1卷),吕文正、毛彬、唐勇译,海洋出版社2019年版,第49页。

② *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p.48-49, para.83; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Dissenting Opinion of Judge Gros, p.122, para.7.

③ [美]迈伦·H.诺德奎斯特主编:《1982年〈联合国海洋法公约〉评注》(第1卷),吕文正、毛彬、唐勇译,海洋出版社2019年版,第340页。

④ International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/73/10, p.148.

⑤ *Chronological Lists of Ratifications of, Accessions and Successions to the Convention and the Related Agreements*, United Nations (24 July 2024), [https://www.un.org/Depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](https://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm).

⑥ 张琪悦:《〈联合国海洋法公约〉序言中“一般国际法”的界定与适用》,载《中国海商法研究》2023年第1期,第64页。

⑦ 吴卡:《条约规则如何成为一般习惯法——以〈海洋法公约〉为考察重点》,载《北京科技大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第74页。

⑧ 《联合国海洋法公约》序言第七段规定:“相信在本公约中所达成的海洋法的编纂和逐渐发展,将有助于按照《联合国宪章》所载的联合国的宗旨和原则巩固各国间符合正义和权利平等原则的和平、安全、合作和友好关系,并将促进全世界人民的经济和社会方面的进展。”

⑨ *The Judge and International Custom*, Council of Europe (20 March 2013), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680065d14>.

⑩ International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/CN.4/716, p.45.

⑪ International Law Commission, *Report on the Work of the Seventieth Session (2018)*, A/CN.4/716, p.7, 8, 10.

偏向也将削弱国际法院的判决质量、破坏习惯国际法作为国际法渊源的固有权威;在裁判效果上,国际法院对习惯国际法的识别所赋予的灵活性不仅偏离该过程本应具备的严肃性与审慎性,也存在违背“国家同意原则”的可能。在此方面,中国虽持维护《公约》普遍性的立场,<sup>①</sup>但国际法院这一借助习惯国际法便捷达致《公约》普遍适用的急切目的本质上违背了《公约》发展上的渐进性,构成对《公约》权威性的损抑。在持续跟进该态势发展情况的同时,中国也需关注该主观裁判逻辑在国际法这一单一法律体系中的联动影响。

## (二) 国际法院判决愈发突显司法能动主义

国际司法机构实际很难回避司法造法的现实需要。<sup>②</sup>与此同时,以“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于直线基线制度的判决为中心的分析,不仅显示了习惯国际法识别与解释上的造法行为,也着重体现了国际法院较强的司法能动主义。

一方面,国际法院关于习惯国际法的识别与解释共同注重形式公正的展示。在《公约》第7条第1款的解释上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国国际法院倾向通过援引先例实现对先前裁判结果的确认和巩固,试图以裁决的连贯性与一致性来凸显其判决内容的公正与合理。同样地,在习惯国际法的识别上,国际法院判决的推理所注重的也是对案件当事方的说服力,而非识别过程的缜密性与严谨性。在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中,法官基于当事方“同意”而对《公约》条款属性作出的肯定性结论,显然不会在双方之间产生判决的可接受性问题,但这种基于“同意”的支持性解释也不能掩盖法官的具体裁判过程缺陷。同时,该案判决在形式上所流露的两要素法适用倾向,实际也可归为国际法院对于形式公正论证策略的机智选择。

另一方面,国际法院关于习惯国际法的识别与解释实质具有共同的主观性。在习惯国际法规则的识别上,尽管旨在促进国际法逐渐发展及编纂的国际法委员会所通过的《结论草案》为归纳法的实践运用提供了权威指导,但通过对司法实践的观察可知:至少在国际海洋法领域,国际法院关于《公约》条款习惯法性质的确定实际并未达到《结论草案》所规定的审查程度,且其往往在判决推理中寻求捷径。例如,“断言”方法的适用即脱离了习惯法识别上的推理过程。而在习惯国际法规则的解释上,关于《公约》条款习惯法属性的判断实际并不影响条款本身的正式性,该条款解释也理应符合条约法解释规则。对此,田中法官在关于“北海大陆架案”的反对意见中也指出:“逻辑和目的论解释如成文法一样,可适用于习惯法。”<sup>③</sup>可见,当制定法的含义与法官所追求的结果相悖时,法官确实可通过解释制定法的文句来达成其预先决定好的、明确的结果,<sup>④</sup>但这种解释也存在范围限制。而诸如“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于《公约》第7条第1款的创新性解释已突破了该条款的范围限制,实际已相当于对该条款作出了实质修改。

事实上,《习惯国际人道主义法》研究报告的撰写人就曾指出其研究报告中的识别方法根据来自国际法院,特别是“北海大陆架案”中关于选定和汇编有关国家惯例,然后依据法律确信的要求一并予以评估的经典方法。<sup>⑤</sup>但从整体来看,国际法院并未一以贯之其所公布的习惯国际法确定标准:习惯法识别上的形式公正难掩实质判决缺陷,“断言”方法的适用也径直流露了其造法的企图。此外,在习惯国际法的解释上,国际法院关于《公约》第7条第1款的实质文义突破也更直观地展示了其司法造法逻辑。

《公约》第7条第1款所规定的地理先决条件源自“渔业案”判决,在评判某国大陆海岸直线基线的合法性时,挪威海岸往往具有绝对参照标准,这也在一定程度上对该规则的发展形成束缚。目前,国际法院识别习惯规则的方法愈加灵活,识别标准趋于宽松,《公约》条款的发展性适用更具便利。这一方面是国际法院基于《公约》与习惯国际法的紧密依存关系所作的政策取向选择,另一方面也是国际法院追求《公约》普遍性所展现的效率性需要。《公约》条款属性识别上的主观任意性也渗透于具体的条款解释逻辑上:“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”详尽解释《公约》第7条第1款内容所呈现的较大造法尺度完全相当于另行创设了一套新的、极为严苛的直线基线适用标准,不仅具有歧义裁决的嫌疑,还严重破坏了争端解决程序的可预测性。

<sup>①</sup> 朱利江教授指出,法院维护《公约》普遍性、有效性和完整性的政策取向符合中国关于《公约》的立场。参见朱利江:《“毗连区第一案”的司法解析及中国应对》,载《政法论丛》2023年第5期,第92页。

<sup>②</sup> 参见张华:《反思国际法上的“司法造法”问题》,载《当代法学》2019年第2期,第139页。

<sup>③</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p.181.

<sup>④</sup> 参见姜世波:《习惯国际法的司法确定》,中国政法大学出版社2010年版,第205页。

<sup>⑤</sup> Jean-Marie Henckaerts, *Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict*, International Review of the Red Cross, Vol.87:175, p.178(2005).

从1951年“渔业案”对挪威直线基线标准适用合法性的肯定,到1958年《领海及毗连区公约》第4条对这一判决内容的转化吸收,再到1982年《公约》的内容沿袭,截至目前,《公约》第7条第1款已积累了超70年的国家实践经验。无论国际情势如何变化,关于该条款发展的社会必要性判断始终要以真实的国家实践为重要参考。然而,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”的裁判逻辑却是背道而驰的。正如麦克雷专案法官所评价的:“该判决是基于对有关划定直线基线的法律的非语境化适用,并在习惯国际法相关条款的解释上忽视了本应考虑的国家实践。”<sup>①</sup>“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”关于直线基线的判决最终以十二票赞成、三票反对的明显优势作出,显示了突出的支持性。而司法造法又是一个回应型、渐进式、累积性和反复化的动态进程。<sup>②</sup>于是,从国际司法造法的规律来看,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”对原本即为司法造法产物的《公约》第7条第1款的范围阐释还存在较大可能的沿袭趋势,而这无疑也将对他国的相关实践形成影响或诱导,并对《公约》所确立的法律秩序形成挑战,对诸多国家直线基线标准的适用造成冲击。

实际上,“在起草《公约》第7条所包含的标准时,正是因为未就‘更严格’的标准达成一致意见,这些标准才具有了一定程度的‘流动性’。各国也认为这些标准应留出一定的余地,以适应广泛的情况。”<sup>③</sup>在此背景下,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”对《公约》第7条第1款所作的极为严苛的解释即背离了该条款的设立初衷,该解释情势还与美国的直线基线适用立场<sup>④</sup>形成较大契合,对此中国应予以高度关注。

## 五、结语

《公约》第7条努力构建一个在划定复杂领海基线与防止过度扩展领海范围之间实现平衡的机制。<sup>⑤</sup>在该条第1款习惯法属性的识别上,国际法院关于“断言”方法的运用突出对当事国“同意”的考虑,但此种公正外观难以掩盖其方法实质上的任意与武断,该识别捷径选择打破了习惯国际法的渐进主义性质,不为国际社会所承认。同时,习惯国际法识别与解释的阶段区分也便利了对该识别方法的独立解释。

法律意义上的“解释”应严格限定于习惯国际海洋法规则内容范围的确定阶段。在《公约》第7条第1款的具体解释上,“因循先例原则”的缺失并未阻滞国际法院对其以往判例事实上的遵守。然而,判决逻辑的连贯始终无法代替判决实质内容的公正,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国际法院关于该条款的严苛解释则完全属于另行设立了一套适用直线基线的地理先决条件。此外,在直线基线合法性的判断上,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中贝努纳(Bennouna)法官在其声明中所提出的前置性条件也值得关注。即,只有能够证明所划定的直线基线特别影响某国权利时,国际法院才能对该直线基线是否符合国际法进行评估。<sup>⑥</sup>

总之,国际法院关于习惯国际法的识别与解释呈现较强的司法能动主义倾向。从案件整体来看,对于《公约》第7条第1款,“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中国际法院的司法实践呈属性识别上的主观选择性与内容解释上的严格限缩性,而国际社会所要警惕的则是这一态势的沿袭。目前,关于习惯国际法的问题仍存在于国际法院的司法实践中,作为发展中国家的重要代表,中国应对此类问题保持高度关注、对其发展动向作出有效把握、肯定《结论草案》的积极意义、重视国家实践的累积并注意非缔约方的相关实践。这是中国维护《公约》权威性的义务使然,也是发挥大国作用、引领《公约》发展方向的责任担当。

<sup>①</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Merae, p.13, para.71.

<sup>②</sup> 参见张华:《反思国际法上的“司法造法”问题》,载《当代法学》2019年第2期,第149页。

<sup>③</sup> Coalter G. Lathrop, J. Ashley Roach & Donald R. Rothwell, *Baselines Under the International Law of the Sea: Reports of the International Law Association Committee on Baselines Under the International Law of the Sea*, Brill Research Perspectives in the Law of the Sea, Vol.2:1, p.77(2019).

<sup>④</sup> 例如,美国认为,《公约》第7条第1款中的“极为曲折”标准包含三个条件:在海岸线极为曲折的地方,至少存在三处深凹陷、深凹陷之间彼此相邻、深凹陷缩进陆地的长度必须达到这段直线基线长度的一半;对于“紧接海岸有一系列岛屿”标准,美国也提出了三个条件,其中包括在任何给定地点,这些岛屿作为一个整体,至少遮盖了50%的大陆海岸线的条件。根据所明确的这些严格标准,美国对中国、古巴、吉布提、厄瓜多尔、洪都拉斯、意大利、日本、墨西哥、阿曼、葡萄牙、韩国和泰国的直线基线主张提出了抗议。J. Ashley Roach & Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, Martinus Nijhoff Press, 2012, p.61-63, 98-107.

<sup>⑤</sup> 参见马得懿、夏雨:《直线基线规则的演进、适用及其限制:判例、立法与学说》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2022年第2期,第4页。

<sup>⑥</sup> *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Merae, p.3, para.14.

## On the Identification and Interpretation of Customary International Law

—Centred on the *Nicaragua v. Colombia Case* in 2022

JIN Yongming<sup>1</sup>, ZHANG Jinghui<sup>2</sup>

(1.School of International Affairs and Public Administration, Ocean University of China, Qingdao 266100, China;  
2.School of Law, Ocean University of China, Qingdao 266100, China)

**Abstract:** The close interdependence between the *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS) and customary international law has a potential impact on the internal logic of the International Court of Justice in identifying customary international law, and the Court is accelerating its affirmation of the customary law nature of the provisions of the UNCLOS. In the judicial practice of identifying customary international law, it is difficult to fully apply the inductive method based on the elements of “a general practice” and “*opinio juris*”. The theoretical objectivity and impartiality of the method is often met with difficulties in its application in real international judicial practice, and intrinsic selectivity in nature and objective impartiality in outward form constitute the main lines of the judgment logic of the Court. In the identification of the attribute of Article 7, Paragraph 1 of the UNCLOS, the “assertion” method adopted in the judgment of *Nicaragua v. Colombia Case* in 2022 is the result of the application of this logic and the “efficiency” embodiment of the Court in pursuing the universality of the UNCLOS. However, the quality of judicial activity always represents the authority of the Court. Even if the unanimous consent of the parties gives the relevant judgments a fair appearance, the cumulative application of the “assertion” method without specific argumentation process will also cause substantial damage to the judicial credibility of the Court. “Identification” and “interpretation” of customary international law are distinguishable stages. The concept of “interpretation” in the legal sense is limited to the stage of determination of scope following the identification of customary law, and the tendency to apply the inductive method, as formally expressed in the *Nicaragua v. Colombia Case* judgement on the straight baselines, also stems from the confusion between “identification” and “interpretation” of customary international law. At the same time, in *Nicaragua v. Colombia Case*, the subjective arbitrariness inherent in the identification of customary international law by the Court also permeated the logic of its interpretation of specific provisions. However, the interpretation of a provision based on a simple “assertion” of the existence of a rule of customary international law should not constitute an interpretation of customary law, and formal justice in the judgement does not confer substantive justice on the content of the judgement. With regard to the interpretation of specific provisions, the interpretation of Article 7, Paragraph 1 of the UNCLOS in *Nicaragua v. Colombia Case* was a substantial break with the original meaning of that provision, the larger scale of law-making that it presented in fact amounted to the creation of a new and extremely strict set of criteria for the application of straight baselines, which not only constituted a “judicial law-making”, but the relevant judgment showed a greater likelihood of being followed in the pattern of “judicial law-making”. At present, the role of customary international law as a convenient judicial tool is becoming more prominent. The Court is accelerating the process of universalization of the UNCLOS through customary international law, and judicial activism is becoming more pronounced in its judgments. In this regard, it is necessary for Chinese scholars to pay attention to and be vigilant about the trend of relevant judgments of the Court, in order to prepare for the continuity and formalization of adverse judgment situation.

**Key words:** identification of customary international law; UNCLOS; *Nicaragua v. Colombia Case*; judicial law-making; straight baselines