



习惯国际法中的“特别受影响国家理论”

陈曦笛*

摘要：在习惯国际法识别过程中，受到拟议规则特别影响的国家应被给予较其余国家更多的考量。然而，这种“影响”和“考量”的实际意义尚未被充分澄清，规则适用效果亦不甚明确。尽管如此，“特别受影响国家理论”已经在国际法院、主要国际组织和国家实践中得到了相当多的关注与运用。在国际法的多个领域中，各方围绕特别受影响国家理论的存废与内容产生激烈论辩，且不同观点之间的分歧仍然较大。特别受影响国家理论问题在国际法范围内的持续讨论，本质上反映了各国对于国家主权平等原则具体内涵的不同看法，体现了差异化的国家利益诉求与国际秩序的理想。中国有必要把握规则发展的“空窗期”，采取平衡的国家立场，提出同“负责任大国”定位相适应的建设性方案。

关键词：特别受影响国家 以规则为基础的国际秩序 以国际法为基础的国际秩序 国际造法 主权平等 习惯国际法的识别

引言

当下的国际法话语体系中，两种不同的秩序理想正在发生碰撞。一者是美国所主张的“以规则为基础的国际秩序”，另一者是中国所坚持的“以国际法为基础的国际秩序”的联合国主张。^①前者所谓“规则”在很多时候并不是客观存在的国际法规范，而是这些国家依据自身诉求，单方“删减增补”后的产物。^②以此种自造之规则约束国际社会的所有成员，既与大多数国家的根本利益相违背，亦构成对国家同意原则的严重扭曲。可见，确保各国在国际法规则的形成与识别中享有平等的地位，是“以国际法为基础的国际秩序”题中应有之义。

* 陈曦笛，清华大学法学院博士研究生。本文系国家哲学社会科学基金“新时代海洋强国建设”重大研究专项（项目编号：20VHQ005）和南方海洋科学与工程广东省实验室（珠海）资助项目（项目编号：SML2020SP005）的阶段性成果。如无特别说明，本文网络文献的最后访问时间统一为2023年5月26日。

① 参见《习近平在第七十六届联合国大会一般性辩论上的讲话》，新华网，http://m.news.cn/2021-09/22/c_1127886754.htm；参见徐崇利：《国际秩序的基础之争：规则还是国际法》，载《中国社会科学评价》2022年第1期，第28—29页。

② 参见《2022年5月27日外交部发言人汪文斌主持例行记者会》，中国外交部官网，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/202205/t20220527_10693630.shtml。

在此问题上,受美国和英国等传统大国^①支持的“特别受影响国家理论”(specially affected/affecting states doctrine)^②有必要得到关注。区别于各国主权平等的一般认识,特别受影响国家理论承认,在特定国际法规则的形成中,一些国家相较于其他国家处于更为优越的地位。^③值得注意的是,该理论不仅在国际组织和国际学术界中引发了广泛的讨论,更在国家实践和国际司法裁判中得到接纳。^④联合国国际法委员会在研究“习惯国际法的形成与证据”(formation and evidence of customary international law)专题时,讨论了特别受影响国家条款。尽管这一条款最终没有被纳入《关于习惯国际法的识别的结论草案》(下文简称《结论草案》),^⑤但可以料想的是,该问题将继续在各国争夺国际法律秩序主导权过程中受到关注。

特别受影响国家理论不仅是一项牵涉广泛的学理问题,更是关涉国家在国际造法进程中话语权获取与利益维护的现实议题。围绕特别受影响国家理论的讨论发轫已久,但中国国内研究尚未能充分重视该问题的研究,亦没能全面认识论争的实质与根本原因。有鉴于此,本文结合特别受影响国家理论的特点,梳理该理论的发展进程,分析该理论转向实在国际法过程的主要分歧,探究论战背后的国家利益斗争实质,并结合中国的现实情况与潜在关切,提出可能的立场选择与具体因应。

一 特别受影响国家理论的发展

特别受影响国家理论的滥觞至少可以追溯至凯尔森(Kelsen)的观点,即除非“那些由于其规模和文化而对国际法发展最重要的国家,在许多情况下都加以适用或承认”,否则习惯规则不可能存在。^⑥事实上,特别受影响国家理论的提出与大国在习惯国际法形成过程中的特权(privileges)需求密不可分,而这一主张也立即遭到其他一些国家的抵制。^⑦受此影响,该理论在此后的发展中,呈现出国家、国际组织和国际司法机构观点存在较多分歧的复杂格局。

(一) 特别受影响国家理论的司法实践

特别受影响国家理论第一次得到相对清晰的阐释,是国际法院在“北海大陆架案”(North

① *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Comments of the Government of the United States of America (June 20, 1995), pp. 8-9; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Verbatim Record, CR 95/34, p. 47. 此外,尽管学界对“大国”与“小国”尚无统一的界定,但国际社会仍对于在特定时期内的“大国”有较为清晰共识。参见蔡从燕:《国际法上的大国问题》,载《法学研究》2012年第6期,第188页。

② 考虑到语言习惯,本文将该术语中的“doctrine”译为“理论”。但应指出,“特别受影响国家理论”仍处于发展之中,其能否被视为一套系统性的“理论”或存争议。

③ See Shelly Yeini, “The Specially-Affecting States Doctrine”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 244, p. 245.

④ See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, paras. 73-74; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, I. C. J. Reports 1973, paras. 51-68; CarrieLyn D. Guymon, “Digest of United States Practice in International Law”, Office of the Legal Adviser United States Department of State, 2014, p. 297.

⑤ International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, Yearbook of International Law Commission, A/73/10, Volume II, Part Two, 2018, pp. 90-91.

⑥ See Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (University of California Press, 1967), pp. 260-261.

⑦ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, p. 205.

Sea Continental Shelf) 判决中, 讨论等距离原则是否已经由 1958 年《大陆架公约》项下的条约规则转变为一般国际法时, 指出: “即使 (一项条约规则) 没有经过相当长的一段时间, 非常广泛和有代表性的参加条约 (的行为) 本身就足够 (证明其存在), 假使 (缔约者) 已包括其利益受到特别影响的国家。”^① 此时, 国际法院已经潜在地意识到, 在等距离原则的一般国际法转化问题上, 对某些大陆架实质享有主权权利的沿海国和不实际拥有大陆架的内陆国, 发挥着不同的作用。

同时, 国际法院强调, 就此项习惯国际法的形成而言, “一个不可或缺的要求” 是在特定时期内的国家实践, 包括利益受到特别影响的国家之实践, 应该是 “广泛和几乎一致的” (extensive and virtually uniform)。^② 国际法院还特别比较了批准《大陆架公约》的沿海国, 也即其认定的特别受影响国家, 与未批准《大陆架公约》的沿海国, 并认定后者远多于前者。^③ 从判决的表述看来, 国际法院似乎认为, 特别受影响国家存在 “同向” 实践是形成习惯国际法规则的必要条件, 尽管其并没有就何为 “广泛和几乎一致的” 再作阐释。此后, 这种 “点到即止” 的做法业已引发一系列疑问。

在 “渔业管辖权案” (*United Kingdom v. Iceland*) 判决中, 国际法院再次运用了特别受影响国家理论, 认为, 当前的国家实践尚不足以证明渔业管辖权被限制在 12 海里之内的习惯国际法规则已经被另一套规则所取代, 并据此认定, 冰岛无权单方面将其专属渔业区扩大到 50 海里。^④ 国际法院在该问题上的论证逻辑特别值得关注。

该案判决指出, 假使确实存在扩大沿海国渔业管辖范围的习惯国际法的话, 有两类国家应该被视为特别受影响: 其一是 “特别依赖” (specially dependent) 沿海渔业而在邻近水域获得优先捕捞权的沿海国; 其二则是其他在同一水域进行渔业活动的国家。国际法院认为, 尽管两类国家之利益受到的影响截然相反——对前者而言是积极的, 而对后者而言是消极的——但这种 “经济依赖” 的交互 (mutual) 属性使得两者都毫无疑问地有资格被视为该 “规则” 语境下的特别受影响国家。^⑤ 在此基础上, 国际法院最终认为从这两类国家的实践看来, 所谓沿海国渔业管辖区域扩张的规则并没有得到广泛的接受。

在 “威胁使用或使用核武器的合法性案” (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*) (下文简称 “核武器合法性案”) 中, 特别受影响国家理论又一次在国际法院得到了讨论。面对彻底将威胁使用或使用核武器非法化的呼声, 美国强调了 “核武器国家” 以及受核武器保护国家的特殊地位。^⑥ 同样, 英国亦反复强调自身的特别受影响的地位: 在核武器合法性问题上, 当前无论有什么样的国家实践, 都没有包括那些利益受到特别影响的国家之实践, 而 “核武器国家和那些其领土上有核武器的国家, 通过言论和行动, 否认存在这样的 (禁止) 规则”。^⑦ 最终, 国际法院认同了美国和英国等国家的意见, 断定当前不存在一般性禁止使用核武器的习惯国际法

① See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, para. 73.

② See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, para. 74.

③ See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, para. 74.

④ See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, I. C. J. Reports 1973, paras. 67 - 68.

⑤ See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, I. C. J. Reports 1973, paras. 51 - 69.

⑥ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Comments of the Government of the United States of America (June 20, 1995), pp. 8 - 9.

⑦ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Verbatim Record, CR 95/34, pp. 46 - 47 & 63.

规则，但其并没有正面回应美国和英国对特别受影响国家理论的援引。^① 应予指出，在该咨询案中，英美等国的立场似乎正是所谓的“从实力出发”，而不再单纯地围绕一国与拟议规则的客观联系。^②

国际法院对特别受影响国家理论的关注和适用一直延续。在“马绍尔群岛案”中，尽管国际法院以双方没有法律争端为由驳回了该案起诉，但它在针对初步反对意见的判决中似乎有意承认，马绍尔群岛在有关核武器的习惯国际法问题上具有特别受影响国家的地位。判决认为：“马绍尔群岛曾被广泛用作核试验的场所，致使该国人民遭受痛苦，因此有特别的理由关注核裁军问题。”^③ 有学者注意到，与此案中国际法院表态形成鲜明对照的是，在“核武器合法性案”中，马绍尔群岛也曾提交过一封叙述其如何受到核试验伤害的信函，但国际法院在那时甚至没有考虑受使用核武器威胁的国家应被视为受到特别影响的可能性。^④ 由此看来，国际法院关于何为特别受影响国家的看法似乎仍处于不断的发展之中，并倾向于扩大该理论的潜在适用范围。^⑤

（二）特别受影响国家理论的国际讨论

1. 主要国际组织

除了国际裁判机构的司法实践外，特别受影响国家理论也愈发频繁地在国际组织和国家外交中得到讨论。在国际法协会（International Law Association）于2000年发布的《适用于形成一般习惯国际法的原则声明》（下文简称《原则声明》）中，特别受影响国家理论就已经引起了关注。在习惯国际法语境下考虑国家实践的密度（density）时，《原则声明》认为“北海大陆架案”中的论断“很好地概括了国家实践和判例法”。^⑥ 国际法协会评论称，证明国家实践的习惯很多时候“不是定量的，而是定性的问题”，因此“这不仅仅是有多少国家参与实践的问题，而是有哪些国家参与实践的问题”。^⑦

在国际法协会看来，国家实践的代表性实际上具有积极和消极两个方面。积极的一面是，如果所有的主要利益，即特别受影响国家，都得到了代表，那么即便大多数国家并没有参与到规则形成中也是可以接受的。消极的一面则在于，如果特别受影响国家不接受这种规则，它就不能“成熟”地构成习惯国际法规则，这无异于向特别受影响国家提供了一种否决权。与此同时，国际法协会也提出了一些更细微的观点。一方面，哪些国家特别受到影响会因情况而异，没有任何规则要求大国必须参与实践，才能使特定规则构成一般国际法规则。另一方面，鉴于大国宽广的

① See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, paras. 71 – 73.

② 例如此前国际法院判决所提到的地理因素和经济依赖等，该问题也将在下文中得到进一步讨论。

③ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Judgment, I. C. J. Reports 2016, para. 44.

④ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, p. 199.

⑤ 详见本文第三部分对此问题的讨论。

⑥ International Law Association, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, 2000, p. 20, <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcsebook/Documents/Documents/ILA%20Report%20on%20Formation%20of%20Customary%20International%20Law.pdf>.

⑦ International Law Association, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, 2000, p. 26.

利益范围，无论是在属地上还是在属事上，大国往往会受到某种习惯国际法规则的“特别影响”，因此，“在这种程度上，也仅在这种程度上，它们的参与将是必要的”。^① 在其他活动领域，非大国的其他国家也可能受到特别的影响。

2005年，红十字国际委员会发布了《习惯国际人道法研究报告》（下文简称《研究报告》），特别受影响国家理论在其中得到了深入且富有实践性的阐释。在国家实践的评估方式部分，《研究报告》指出，“要想形成一般的习惯国际法规则，相关国家实践必须广泛且具有代表性，然而，这并不要求实践为所有国家所普遍奉行，只要是存在‘一般性’的实践就足够了”，因为“在某种意义上，这是一个关于质量而非数量的标准”。^②

《研究报告》还进一步解释了特别受影响国家理论对习惯国际法形成及识别的影响。红十字国际委员会同样认为，“这不仅是一个有多少国家参与该实践的问题，而且是一个有哪些国家参与的问题”，并援引了“北海大陆架案”中的论述，即国家实践必须“包括那些利益深受影响之国家的实践”。这种考虑被认为具有两层含义：其一，如果所有特别受影响国家都存在相同实践，“那么就没必要要求世界上大多数国家积极参与这种实践”，但对该实践的默认仍是必要的；其二，如果“这些特别受影响国家不接受这一实践，那么，它就不可能发展成为习惯国际法规则，即使并不要求各国一致接受某种实践”。^③

对于哪些国家能在国际人道法上被视作特别受影响国家，《研究报告》认为，这种认定应当是个案的（case by case）。例如，在涉及激光致盲武器的合法性问题上，“深受影响之国家”应当包括一直在研发这种武器的国家，而那些需要人道援助的国家以及经常提供此类援助的国家也都应当是该问题上的特别受影响国家。同时，如果有关国家参与了一场武装冲突，而某一规则要求对相关实践进行审视，那么这些国家就应被视为特别受影响国家。^④ 另外，《研究报告》也澄清，“尽管在国际人道法的某些领域的确存在着一些深受影响的国家”，但在要求其他国家遵守国际人道法方面，所有国家均具有法律利益，即使并不是武装冲突的当事方。另外，所有国家都可能因其他国家所作的关于战争手段或方法的部署而受到损害。因此，所有国家的实践都应被纳入考虑的范畴，而无论其是否属于严格意义上的特别受影响国家。^⑤

同样值得关注的还有亚非法律协商委员会（下文简称亚非法协）习惯国际法非正式专家组在2015年发布的研究报告。在国家实践的普遍性问题上，该报告指出，实践的代表性应该是加权后的“拟合代表性”（fitting representativeness）。而要求适当考虑特别受影响国家的实践是测算拟合代表性的必然要求。“鉴于这些考虑和国际法院的判例，应适当重视特别受影响

① International Law Association, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, 2000, p. 26.

② Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, p. 180.

③ Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, p. 180.

④ Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, pp. 180 – 181.

⑤ Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, p. 181.

的国家在确定习惯国际法方面的作用和做法。”^① 在其看来，如果只简单地进行某种计量评估，而放弃承认特别受影响国家的作用，很可能过分减少特别受特定事项影响的少数国家实践的重要性。这也会过分夸大不受特定事项影响国家之意见的重要性，从而诱使它们在没有充分考虑的情况下，发表具有所谓“法律上重要性”的意见。^② 但该报告同时指出：“应当澄清的是，特别受影响国家的概念不是属于大国和强国的，而是适用于所有特别关心所审议的主题事项和其利益受到所审议规则特别影响的国家。”^③

自2011年以来，国际法委员会对是否要将“特别受影响国家条款”作为《结论草案》的一部分进行了较为充分的辩论。最初的《结论草案》第9项规定，“在评估惯例时，应适当考虑利益受到特别影响的国家的惯例”。^④ 然而，该条款在委员会内部遭到强烈反对。一些委员极度抗拒这一理论，另一些委员反对将其纳入结论草案，理由是它可能被错误地用于“给予强国更大的权重”。具体而言，若干委员认为，这一概念与国家主权平等不相容，故不应列入结论草案。因为所有国家都关心所有领域一般国际法的内容和范围，以及一般国际法的形成和发展，故而所有国家的实践，无论是采取行动还是不采取行动，都同样重要。有委员提请委员会注意国际法院判例在这一问题上的有限性，并指出国际法院没有将这一概念作为普遍适用的概念，而只是认为应当在特定案件的具体背景下审查特别受影响国家的实践。其他不反对将这一概念列入结论草案的委员强调，这应当成为给予强国更大权重或确定实践是否足够普遍的一种手段。最后，有的委员建议澄清特别受影响国家的任何作用，包括这一概念在区域或双边规则方面可能发挥的任何作用。^⑤

尽管该议题的特别报告员承认各方围绕特别受影响国家理论产生了激烈的辩论，但仍表示，《结论草案》第9项获得了广泛支持。他解释说，该段的措辞应当尽可能谨慎。他无意将某些强国的实践作为构造习惯国际法规则的必要条件，因为“这种（特别受影响的）国家可能因规则的不同而不同，而且这种表达并不指向任何特定国家”。^⑥

由于各方分歧未能得到调和，特别受影响国家条款在《结论草案》2016年版本中被删去了，但案文的评注仍强调在评估国家实践的普遍性时，特别受影响国家的实践应被视为重要的考量因素。这种关注也在2018年二读通过的《结论草案》中得到接纳，即“在评估普遍性时，必须考虑的一个不可或缺的因素是，特别参与有关活动或最有可能与所涉及规则相关的国家参与实践之

① AALCO, Asian-African Legal Consultative Organisation (AALCO) Informal Expert Group on Customary International Law Report, 24 March 2015, paras. 47 – 53, <https://www.aalco.int/54thsession/AALCOIEG%20Chairman%27s%20Statement%20and%20Special%20Rapporteur%27s%20Report%2020150324.pdf>.

② AALCO, Asian-African Legal Consultative Organisation (AALCO) Informal Expert Group on Customary International Law Report, 24 March 2015, para. 51.

③ AALCO, Asian-African Legal Consultative Organisation (AALCO) Informal Expert Group on Customary International Law Report, 24 March 2015, para. 52.

④ International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/69/10, Volume II, Part Two, 2014, para. 223.

⑤ International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/69/10, Volume II, Part Two, 2014, para. 168.

⑥ International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/69/10, Volume II, Part Two, 2014, para. 182.

程度”。^① 国际法委员会也在《结论草案》案文评注中，两度援引了“北海大陆架案”中的论断。^② 另外，《结论草案》也特别提示，“特别受影响的国家一词不应当被理解为指向国家的相对力量”。^③

2. 国家立场

就习惯国际法的识别而言，除国际裁判机构的个案裁判和咨询意见外，国家的言辞与行动至关重要。^④ 而在相关国家实践中，美国的立场最为鲜明。美国多次强调，应承认适用特别受影响国家理论在确定习惯国际法方面的重要性，以便准确地反映国际法，而且“在这一点上已经确立了判例”。^⑤

针对红十字国际委员会的《研究报告》，美国拒绝接受仅仅参与武装冲突就足以使一个国家被视为受到特别影响国家的说法，认为只有独特地（主动）参与历史的特定国家才有资格被视为受到特别的影响。对此，美国评论道：“并非每个参加过武装冲突的国家都特别受影响——这些国家确实产生了突出的实践，但只有那些具有独特参与历史的国家才值得被视为特别受影响。”^⑥ 因此，美国明确地反对《研究报告》得出的法国、英国和美国不属于因使用常规武器而受到特别影响的国家这一结论，主张“这些国家由于自 20 世纪至今参与了全球相当大比例的重大国际武装冲突和维和行动，因而具有深厚的实践经验”，故应当被视为特别受影响国家。^⑦ 美国国防部甚至指出，只有“核大国”和“其他军事大国”是在国际人道法方面受到特别影响的国家的类型。^⑧

此外，早在“北海大陆架案”中，德国的观点就已呼应了特别受影响理论。德国认为，“一些重要的沿海国”在《大陆架公约》缔结 10 年后仍未接受海洋划界中的等距离原则，就足以证明不存在这样的习惯国际法规则。^⑨ 德国的基本观点是，“如果没有其利益将受到新规则影响的几乎所有国家的同意或至少默许，就不可能出现新的习惯法规则”。^⑩ 如前所述，在“核武器合

① International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/73/10, Volume II, Part Two, 2018, p. 136.

② International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/73/10, Volume II, Part Two, 2018, pp. 136, 146.

③ International Law Commission, Report of the International Law Commission Sixty-sixth Session, Yearbook of International Law Commission, A/73/10, Volume II, Part Two, 2018, p. 137.

④ 针对特别受影响国家理论的支持国家数量，亚非法协非正式专家组的特别报告员认为，在亚非法律协商组织中，就有至少 47 个成员国支持特别受影响国家理论。但也有学者仍认为，世界上绝大多数国家都没有对该理论采取立场，只有美国、英国和法国在正式场合即国际司法程序和外交照会中表达过明确的支持立场。See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, p. 200.

⑤ CarrieLyn D. Guymon, “Digest of United States Practice in International Law”, Office of the Legal Adviser United States Department of State, 2014, pp. 296 – 297.

⑥ John B. Bellinger III & William J. Haynes II, “A U. S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443, p. 445.

⑦ John B. Bellinger III & William J. Haynes II, “A U. S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443, p. 455.

⑧ The United States Department of Defense, Law of War Manual, p. 32, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/law_war_manual15.pdf.

⑨ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Reply Submitted by the Government of the Federal Republic of Germany, 31 May 1968, paras. 407 – 408.

⑩ See G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Vol. 15) (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 95.

法性案”中，英国也与美国类似地援引了特别受影响国家的概念，以论证其作为特别受影响的一方在相关习惯国际法形成中的优势地位。英国特别指出，国际社会不能在受特别影响的国家的反对下形成禁止使用核武器的习惯规则。^①

二 特别受影响国家理论的构造分歧

（一）适用条件的论争

尽管特别受影响国家理论业已引发国家、国际组织和国际裁判机构的普遍关注，但一些根本的问题仍未得到充分澄清。当前，特别受影响国家理论面临的最大挑战是，该理论的组成部分，无论是“影响”还是“特别”的内涵，都在很大程度上难以确定，且意见分歧较为明显。而这些存有争论之问题的未来发展，将最终决定该理论在国际法体系中的地位与作用。

1. 何为“影响”

特别受影响国家理论究竟是指向对特定事项产生特殊影响（affecting）的国家，还是因特定事项或所涉规则已经或可能被特殊地影响（affected）的国家，抑或兼及两者，有着相当大的争议。一种观点认为，特别受影响国家只能是主动参与特定事项，并产生实质影响的国家。这类观点实质强调了一国之行动或行动能力对于习惯国际法规则形成的重要性。^② 例如，就外层空间相关的习惯国际法而言，休·瑟尔威（Hugh Thirlway）认为，“利益受到特别影响的国家，大概是那些实际或潜在地控制着探索外空所需资金和科技的国家”。^③

在战争手段方面也有类似的区分。有学者强调，只有那些“在技术上有能力生产”某种武器的国家才会受到特别影响，^④ 而“具有核能力的国家的实践”也肯定“比没有这种能力的国家的实践得到更多的考虑”。^⑤ 国际人道法相关的国家实践如果不包括美国的实践，就不能被视为具有代表性，因为美国的国际利益“在国外军事上非常活跃”，而且“处于发展新武器技术的最前沿”，这使它在国际人道主义法的所有习惯规则方面受到特别影响。^⑥ 同样，迈克尔·施密特（Michael Schmitt）在谈到受特别影响国家在网络战语境下的识别时特别指出，“鉴于美国的军事力量，以及它经常参与武装冲突，在美国反对的情况下，国际人道法规范网络活动很难实现”。^⑦

① *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Comments of the Government of the United States of America (June 20, 1995), pp. 8-9; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Verbatim Record, CR 95/34, p. 47.

② See Shelly Yeini, “The Specially-Affecting States Doctrine”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 244, p. 253.

③ Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1972), p. 72.

④ Harry Post, “The Role of State Practice in the Formation of Customary International Humanitarian Law”, (2003) 129 *On the Foundations and Sources of International Law* 142, p. 142.

⑤ Robert E. Barnsby, “Yes, We Can: The Authority to Detain as Customary International Law”, (2009) 202 *Military Law Review* 53, pp. 75-76.

⑥ Malcolm MacLaren & Felix Schwendimann, “An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law”, (2005) 6 *German Law Journal* 1217, p. 1232.

⑦ Michael N. Schmitt & Liis Vihul, *The Nature of International Law Cyber Norms* (Tallinn Papers, 2014), p. 25.

有研究充分解释了这种观点背后的部分法律信念，即大国的反对足以使任何潜在的拟议习惯国际法规则归于失败。^① 例如，在3个拥有核武器的国家——美国、英国和法国——反对的情况下，则所谓“习惯国际法”不可能有力量禁止核武器造成的过度损害，故习惯国际法的产生必须得到主要行为者的支持。同时，受到特别影响的国家实践在制定国际法时的重要性，被认为源于“实践经验的广度和深度能为评估拟议新规则提供有用的背景”，故“这些国家的经验将确保它们带着现实的想法和可能的建议参与规则谈判”。^②

与此相对，以独特的方式受到习惯国际法影响的国家也在相当多场合被认为符合适用特别受影响国家理论的条件。克里斯托弗·威拉曼特里法官（Christopher Weeramantry）在“核武器合法性案”的反对意见中强调，尽管核国家实际拥有武器，但如果不考虑那些一旦使用核武器就会受到影响的国家“则是不现实的”，“因为如果使用核武器，他们的领土和人口所面临核武器伤害的风险不亚于核大国……大国试图争辩说，因为它是武器的拥有者，所以就是受影响最严重的国家，这令人费解”。^③ 红十字国际委员会的看法是，国际人道法的特别受影响国家既包括提供援助的国家，也包括接受援助的国家。^④ 在禁止单方面人道主义干预的习惯法形成中，特别受影响国家也可能是被干预的国家。^⑤ 对此，美国律师协会也予以认同：“正如沿海国家是关于海洋领土边界的习惯法的主要相关国家一样，拥有经历过武装冲突的部队的国家也应当是国际武装冲突习惯法的主要相关国家。”^⑥

更具体地来看，在征收问题的习惯法规则上，有学者认为资本输入国和资本输出国都可以被视为受到特别影响。^⑦ 在海洋法领域，迈克尔·阿克赫斯特（Michael Akehurst）指出，受大陆架划界影响的国家不仅应包括划界的沿海国，还应当包括受划界影响较大的内陆国家。^⑧ 在新的武器技术方面，亚非法协秘书长明确指出，特别受影响国家不仅包括开发该技术的国家，还包括“那些不拥有这种技术，但可能遭到对手使用这种新技术的国家”，两者都“对这一领域的法律如何发展有特殊的利益”。^⑨

有必要被讨论的还有以违反规则而使自己成为特别受影响国家的做法。国际法院曾指出：“关于推断习惯规则的存在，国家的行为通常应符合该规则，国家行为不符合某一特定规则的情

① Michael Byers & Georg Nolte, *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge University Press, 2003), pp. 359–360.

② See John B. Bellinger & Vijay M. Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, (2011) 105 *American Journal of International Law* 201, p. 243.

③ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, I. C. J. Reports 1996, p. 535.

④ Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, p. 181.

⑤ Alan Boyle & Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), pp. 29–30.

⑥ American Bar Association, House of Delegates Resolution (9 August 2004) p. 6, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/intlaw/policy/crimeextradition/universaljurisdiction.authcheckdam.pdf>.

⑦ Matthew C. Porterfield, “State Practice and the (Purported) Obligation under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations”, (2011) 37 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 159, pp. 172–173.

⑧ Micheal Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, (1975) 47 *British Yearbook of International Law* 1, p. 6.

⑨ Rahmat Mohamad, “Some Reflections on the International Law Commission Topic – Identification of Customary International Law”, (2015) 15 *Chinese Journal of International Law* 41, p. 46.

况通常应被视为对该规则的违反，而不是承认一项新规则的开始。”^① 在适用特别受影响国家理论的情况下，一项习惯规则的惯常违反者很可能被认为特别受到影响。对此，凯文·海勒（Kevin Heller）认为，特别受影响国家理论有能力抵御这种风险，因为“一个受特别影响的国家如果想修改一项禁止性规则，不仅需要得到其他受特别影响的国家的国家的支持，还需要得到广泛的、有代表性的未受特别影响的国家的国家的支持”。但这种观点同时也暗示，在这种情况下，可以不将这个国家视为特别受影响国家。与此类似，海勒还批评了可憎的（abhorrent）实践可能造就的特别受影响国家，指出该做法可能以不合理的方式，使得这些采取可憎做法的国家“特别受影响”，故应当特别排除此类特别受影响国家的资格。^② 然而，从体系的角度出发，更为符合逻辑的做法可能是避免创造过多的例外：在确认该国作为特别受影响国家的地位以维持适用条件稳定性的同时，尝试通过构造下一层次的规则，对特别受影响国家理论的适用效果加以排除。

2. 何为“特别”

首先，特别受影响国家理论中的“影响”是否需要达到特定强度阈值（threshold），方能使进行实践的一方被称为特别受影响国并不明确，在此基础上，是否有一些特别受影响国比另一些特别受影响国更“特别”也存在争论。美国国务院法律顾问约翰·贝林格（John Bellinger III）明确赞同在该理论中加入强度要求。他坚称，国际法的发展主要来自特别受影响国家的实践，而不是没有足够参与有关活动的国家的实践。^③

红十字国际委员会在《研究报告》中则提出了相反的观点，认为与不太活跃的国家相比，有独特参与与历史的国家显然对某一实践有更多的经验，且与惯例的习惯法地位有更多利害关系。但是，该特别受影响国家关注的是哪些国家受到实践的特别影响，而不是哪些国家受其影响最大。但《研究报告》也承认，相对于完全不参与实践的国家，偶尔参与实践的国家更可能被视为“受到特别影响”。^④ 不仅如此，设置一个强度标准被认为是不现实的，因为无法实现定量，而且这样做只会有利于美国那样的强国，因为这些国家有能力反复进行实践。这也会不当地“奖励那些花了较长时间才认识到某一特定习俗应该被禁止的国家”，因为尽管“这些顽固不化的国家无疑会受到特别影响”，但它们不应该成为唯一有权获得这种地位的国家。^⑤

其次，这种特殊性是否要求以特定实践方式进行也存在争议。按照迈克尔·拜尔斯（Michael Byers）的说法，“强大的国家，由于其活动范围更广、频率更高，比不太强大的国家更有可能拥有受到任何特定法律发展影响的利益”。^⑥ 这很大程度上解释了为何以美国为代表的大国始终坚定主张将非行动实践排除在“特别影响”的评估范围之外。例如，针对《研究报告》

① *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 1984, para. 186.

② See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, pp. 211 – 214.

③ John Bellinger, *The Work of the Office of the Legal Adviser*, January 2007, <https://2009-2017.state.gov/s/1/2007/116111.htm>.

④ Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, Part XIV.

⑤ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, pp. 218 – 219.

⑥ Michael Byers, “Custom, Power, and the Power of Rules-Customary International Law From an Interdisciplinary Perspective”, (1995) 17 *Michigan Journal of International Law* 109, p. 115.

将军事手册等书面和口头材料作为“国家影响”证明材料的观点，美国就表示反对，主张这些材料“不能替代对实际军事行动中的国家行动惯例有意义的评估”。^①

最后，当某一事项或某一规则的影响太过普遍，以至于所有国家都能被视为特别受影响国家时，特别受影响国家在实质上就可能失去适用空间。^② 威拉曼特里法官坚持认为，“世界上每一个国家都受到核武器的特别影响，因为当涉及到生存问题时，这是一个普遍被（世界各国）关注的问题”。有学者在诉诸战争权问题上也持类似论点，认为“由于恐怖主义不受国界的限制”，每个国家在运用自卫权以实现禁止使用武力方面都有同等的利益。^③ 还有学者认为，大陆架的扩展必然将影响“区域”的范围，从而使得所有国家都受到影响。^④ 尽管包括国际不法行为、国际罪行、人类共同财产在内法律概念的出现，都使得更多国家受到特定事项的普遍影响，但究竟这些影响需要变得多“普遍”才足以拒绝特别受影响国家理论的适用，在当前仍是一个谜题。^⑤

（二）适用效果的疑难

特别受影响国家理论当前面临的困境不只是适用条件上的争论，也来自其适用效果的困惑。正如国际法协会言及，习惯国际法的识别不仅是一个“定量”的过程，更重要的是为国家实践与法律信念“定性”，即确定其是否真正具有足够的代表性。^⑥ 由此产生的假设是，相较于不受特别影响的其余国家，特别受影响国家在特定的习惯国际法规则中被视为具备更强的“代表性”。然而，国际法院与国际法委员会在进一步阐释该理论的适用效力时语焉不详，甚至自相矛盾。特别受影响国家理论的适用究竟意味着，其余国家实践被排除出特定规范的形成之中，还是仅仅增加那些特别受影响国家的实践之权重并不清晰。

1. 效力分层

就特别受影响国家理论的适用效果而言，一种理解是，特别受影响国家的实践在习惯国际法的形成或识别方面的效力与其余国家相比，存在“质”的差异。因此，对两者的评估应当在不同层次展开。国际法院过往的论断似乎就支持这种理解。

在“北海大陆架案”中，国际法院认为，要确认一项习惯国际法的存在，特别受影响国家的实践应该是“广泛和几乎一致的”，^⑦ 并且特别统计了受等距离原则特别影响的国家数量，作为该规则未能在当时具有一般效力的论据。^⑧ 尽管法院的论证没有指明，在该案情况下，判断相

① John B. Bellinger III & William J. Haynes II, “A U. S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443, p. 445.

② 除非在此基础上再次叠加强度等考量因素。

③ Paulina Starski, “Silence within the Process of Normative Change and Evolution of the Prohibition on the Use of Force: Normative Volatility and Legislative Responsibility”, (2017) 4 *Journal on the Use of Force and International Law* 14, p. 24.

④ International Law Commission, The Provisional Summary Record of the 3225th Meeting of UN International Law Commission, A/CN.4/SR.3225.

⑤ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, pp. 223 – 224. 应指出，该问题上的讨论似乎又被迫重新回到了设置强度阈值的必要性和可行性问题，也涉及直接影响和间接影响的区分。

⑥ International Law Association, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, 2000, pp. 20 – 26.

⑦ See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, para. 74.

⑧ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, p. 196.

关规则是否形成只需要考虑特别受影响国家的实践，但从法院的论证中可以推导出一项确定的结论：如果特别受影响国家的实践不是“广泛和几乎一致的”，即便其余国家的实践是“广泛和几乎一致的”，那么与实践一致的习惯国际法规则还是无法形成。与之相对，即便其余国家的实践不是“广泛和几乎一致的”，只要特别受影响国家的实践是“广泛和几乎一致的”，那么仍可能形成相关规则。

与此类似，“渔业管辖权案”判决同样在仅仅考察其认定的两类特别受渔业管辖区规则影响国家的基础上，就得出结论认为，当前的国家实践不支持一项将沿海国渔业管辖区扩张到50英里的规则。^①由此可见，特别受影响国家的实践似乎被国际法院置于一个优越于其余国家的判断层次之上。

一些学者的观点则走得更远，认为特别受影响国家的实践不仅能通过“不一致”阻碍习惯国际法的形成，还能通过“几乎一致”决定习惯国际法的形成。马尔科姆·肖（Malcolm Shaw）就主张，“只要习惯和少数国家面临的问题密切相关，那么习惯（规则）就可以由（这些）少数国家创造”。^②如前所述，国际法协会在2000年的报告以及红十字国际委员会的《研究报告》中均可见类似表述。应当指出，如果这种观点被广泛接纳，那么习惯国际法是否已经形成的判断，在很多时候——特别受影响国家的实践“几乎一致”或“不一致”时——都不再需要考察其余国家的实践。而只有不存在特别受影响国家，或者当特别受影响国家的实践是否一致无法确定时，其余国家的实践才会在所涉习惯法规则的识别中具有重要性。因此，这种更加激进的论点也引发了一些尖锐的批评，即“特别受影响的国家没有权利不顾非特别受影响国家的反对而对习惯法发号施令”。^③

2. 权重理论

除这种划分效力层次的逻辑外，认为特别受影响国家的实践只是相较其余国家享有更大权重的观点也得到了充分讨论。特别受影响国家理论被认为可成为一个“灵活的公式”（flexible formula），可以依据情况的差异给予特别受影响国家实践不同的权重，甚至可以给同一规则语境下不同的特别影响国家分配不同权重。同时，在特定问题上特别受影响国家越多，“对沉默国家的实践能够给予的权重就愈小”。^④

否定特别受影响国家的实践在实质上与其余国家的实践“不平等”，而寻求在同一层次上有差异的“量化”展现出了较强的吸引力。在亚非法协专家组看来，国家实践的代表性应该是经过加权拟合的“数学方法”形成的，必须给予特别受影响国家实践不同于其他国家的关注。^⑤这一反对“机械化”数量比较的方法暗示，特别受影响国家的实践尽管不是排他的，但却能够在加权拟合的过程中占据更大的权重。简单来说，权重理论的本质是尝试使用一种加权拟合的方法，在不排除特别受影响国家以外国家的实践的的前提下，区分两者在习惯法规则形成中的效力，并相应为其

① See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Judgment, I. C. J. Reports 1973, paras. 67–68.

② Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2017), p. 58.

③ See Kevin Heller, “Specially-Affected States and the Formation of Custom”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 191, p. 237.

④ See Shelly Yeini, “The Specially-Affecting States Doctrine”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 244, pp. 252–253.

⑤ AALCO, Asian-African Legal Consultative Organisation (AALCO) Informal Expert Group on Customary International Law, 24 March 2015, Conclusion 8 and Conclusion 9.

配置特定的权重，最终拟合出特定规则的相关国家实践的“一致程度”。

无论是将特别受影响国家的实践置于不同的效力层次，还是仅仅赋予其更多的权重都存在相当明显的问题。前者遮蔽了其余国家的意见，过度轻忽这些国家也可能因为规则的变化受到一定影响而具有重要性的事实。后者则建立在一个看似逻辑周延但难以在实践中应用的数学方法之上。应当认识到，国际社会在缺乏中心化立法机构的情况下，要量化分配特别受影响国家与其余国家之间的权重，很容易引发难以弥和的争议。

三 特别受影响国家理论的现实影响

应当注意的是，围绕特别受影响国家理论中上述问题的论争与对峙，并不仅仅是单纯的学理之争或公义之辩，而是分别代表着不同的国家利益诉求与分化的国际秩序想象。从根本上看，当前理论困境的最主要成因是，“南方国家”^①对于该理论成为从法律层面强化大国霸权秩序工具的强烈担忧，与“北方国家”在规则建构过程中占据更优越地位的执着追求之间的抵牾。对于中国而言，特别受影响国家理论不仅是一个国际法理论问题，更是关涉中国在多个领域中国际话语权与国家利益的现实问题。中国有必要也有能力从“负责任大国”的角度出发，提出既能调和双方矛盾又契合中国长远利益的解决方案。

（一）潜在受影响领域中的意见交锋

特别受影响国家理论的发展与适用将广泛地重塑习惯国际法规则生成的逻辑，进而经由多项国际法议题影响各个国家的利益。囿于篇幅所限，本文以围绕该主题讨论尤为激烈的国际人道法为例，探讨既已出现的意见交锋及其对规范发展的潜在影响。

在一般议题上，包括红十字国际委员会的观点在内的偏向中小国家利益的观点，与美国等“军事大国”的观点之间冲突已经十分明显。前者希望更多地保护武装冲突实际发生之国家，让它们能够在规则形成中掌握更多话语权。后者则强调自身的特殊性，意图利用特别受影响国家理论，防止国际人道法规则的发展违背其意愿，规避对其军事行动的“过度”约束。

例如，在亨克茨（Jean-Marie Henckaerts）领导的“国际和非国际武装冲突中国际人道法习惯规则研究”专家小组完成了习惯国际人道法的识别与解释工作后，美国急迫地反对其中将“因他国所用的关于战争手段或方法的部署而受到损害”之国家视为特别受影响国家的论点。^②在美国看来，法国、英国和美国当然属于受到与常规武器使用有关之规则特别受影响的国家，因为只有它们“自20世纪至今参与了全球相当大比例的重大国际武装冲突和维持和平行动，因此实践程度很深”。^③这种观点的本质是，试图将国际人道法领域的特别受影响国家

① 对于“南方国家”与“北方国家”如何区分，并没有明确的界分标准。通常认为南方国家可以理解为发展中国家或中低收入国家，北方国家可以理解为以美国、英国为代表的发达国家或高收入国家。参见王悠然：《“全球南方”承载的学术与政治价值》，载《中国社会科学报》2021年12月24日，第3版。

② Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 175, p. 181.

③ John B. Bellinger III & William J. Haynes II, “A U. S. Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, (2007) 89 *International Review of the Red Cross* 443, p. 455.

固化为极少数的军事强国，而削弱其他国家尤其是本土遭受战争苦难的国家在相关规则发展中的重要性。

对此，亨克茨也立刻予以回应称，从宗旨和目的上看，国际人道法意图保护所有受武装冲突荼毒的国家，减轻战争为人类带来的灾难，因此任何有可能被卷入武装冲突的国家，无论是大国还是中小国家，都可被视为潜在的特别受影响国家。^① 该立场基于人道原则的考量，坚定地反对美国将特别受影响国家限定于少数北方国家的企图。然而，美国没有接受这种观点，而是坚称，像美国这样的军事大国才是在国际人道法方面特别受影响的国家，这使得没有这些大国的支持，任何相关规则都不可被接受为习惯国际法。^② 一些北方国家学者亦附和了美国的官方观点，批评红十字国际委员会的观点不合理地稀释了特别受影响国家的重要性。^③ 可见，特别受影响国家理论在该问题上的法律论战本质上并非法理或逻辑之争，而是更多反映着不同的国家利益诉求带来的立场差异。

在具体议题上，特别受影响国家理论也时常成为论辩的焦点。核力量被有核武器攻击能力的国家视为维护国家安全的最后一道屏障，而大量不拥有核武器的国家却更担心成为受害者，认为“使用核武器违反适用于武装冲突的国际法规则，特别是国际人道法的原则和规则”，“也严重违背人道原则和公众良心”。^④ 在这些国家看来，潜在受到核武器威胁而没有反制手段的那些国家才是需要被特别保护的一方。

尽管如此，美国在“核武器合法性案”中坚持将自己视为特别受影响国家，并强硬地表示，很难想象那些“核武器国家和依赖其他国家的核威慑能力来保障其安全的国家，打算通过文件来禁止核武器”，至少“美国绝不会提出或接受一项具有禁止或限制使用核武器的效果或意图的文书”。美国还揣测道，其他处于上述地位的国家也一定会坚持同样的立场。在此情况下，即便国际法院得出既往的“国际文书已经规范或禁止核武器”的结论，其在实践中也将困难重重或完全不能实现（difficult or impossible）。^⑤

事实上也正如美国所说，部分核大国已经就哪些国家应被认定作为与禁止和限制使用核武器相关规则的特别受影响国家，达成了一些共识与默契。尼古拉斯·莱尔（Nicholas Lyell）在“核武器合法性案”中，代表英国就该问题向国际法院发表意见。他援引了“北海大陆架案”并且重申，需要得到那些利益将因适用拟议规则而受到“特别影响”的国家的同意，只有如此，拟议规则才有可能获得习惯国际法之地位。因此，英国认为，禁止使用核武器的习惯法不能在拥有这种武器的国家，或为其安全依赖这种武器的国家反对的背景下形成，因为这些国家显然会受到这种禁令的“特别影响”。^⑥ 在英国看来，实践必须要体现法律信念，故对特定习惯国际法规则

① Jean-Marie Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments”, (2007) 89 *International Review of Red Cross* 473, p. 482.

② The United States Department of Defense, *Law of War Manual*, pp. 30 – 32.

③ Shelly Yeini, “The Specially-Affecting States Doctrine”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 244, pp. 248 – 249.

④ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, C. N. 475. 2017. TREATIES – XXVI. 9, 2017, Preamble.

⑤ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Comments of the Government of the United States of America, pp. 8 – 9.

⑥ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Verbatim Record, CR 95/34, pp. 46 – 47.

的支持必须是明确的，尤其是当这种支持来自利益特别受到影响的国家。^① 在大国激烈反对的背景下，国际法院或许是从现实的角度出发，最终决定避免在咨询意见中提及特别受影响国家理论，但从结果来看，其的确转而以国家实践和观点尚不够统一为由，否认存在禁止使用核武器的习惯法规则。^②

不仅如此，在战争手段的现代化发展进程中，国际法规制问题也绕不开特别受影响国家理论。在现代武装冲突中，人工智能的军事应用逐渐成为战场上决定性的力量。各国对于如何限制和控制智能武器观点不尽相同。在此情况下，哪些国家能够被视为特别受影响国家，并取得何种优越地位与各方主张能否实现息息相关。同时，来自网络空间的攻击也正在成为现代武装冲突或国家摩擦中重要的作战方式。大规模跨国网络攻击的法律属性和法律后果尚没有明确答案。^③ 鉴于美国是互联网服务的主要提供国和维护国，已经有观点强调国际人道主义法中关于网络空间的规则，不能在美国反对的情况下得到建构。^④ 这种观点不仅试图在国际法上延续美国关于网络空间的先发优势，将其在物理上对于所谓“开放网络空间”的控制权合法化，而且试图给予其在规则形成过程中的特殊地位。

（二）理论发展中的“南北问题”

尽管特别受影响国家理论仍处于发展之中，其对于国际法各领域的影响已经逐渐显现。以美国和英国为代表的北方国家不仅是特别受影响国家理论的提出者，在当前也仍是主张将这一理论“规则化”的主要力量。不难看出，不少北方国家试图运用该理论继续保持对于习惯国际法发展的控制，以压制南方国家在国际法律秩序中日益增长的影响。

毋庸讳言，特别受影响国家理论的发展本质上是对于国家主权平等原则的再解释与修正，但如何在国际法上评价这种修正，南方国家和北方国家的分歧相当明显。一部分观点认为，在部分国际法规则形成过程中，追求一种国家间的“表面平等”（superficial equality）似乎反倒不符合作为主权平等核心的不干涉原则，因为特别受影响国家是在直接处理与其相关或其关心的事务，而这些事务与不特别受影响的国家关系不大。^⑤ 此种现实主义逻辑的起点是对于主权者在“法律前平等”的重申，以及对所有国家不加区分地享有“法律上平等”观点的否定。尽管所有国家的实践对于习惯国际法的形成都有意义，但“必须根据国家的规模、国际关系的影响以及总体上对国际法的发展所作的贡献，对投给规则的赞成票和反对票进行某种加权”。^⑥

在北方国家及为北方国家辩护的学者们看来，在规则的构造过程中“主权平等”并不必然意味着各国有必要享有平等的“代表权”。恰恰相反，各国的国家实力、话语权地位以及与特定规则相关联的程度等差异化因素，都可以成为对“代表权”进行加权的正当理由。

① *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Verbatim Record, CR 95/34, pp. 46 – 47 & 63.

② *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, paras. 71 – 73.

③ Marco Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2014), pp. 33 – 40.

④ Michael N. Schmitt & Liis Vihul, *The Nature of International Law Cyber Norms* (Tallinn Papers, 2014), p. 25.

⑤ Gerry Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order* (Cambridge University Press, 2004), p. 27.

⑥ R. Baxter, “Treaties and Custom”, (1979) 129 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* 1, p. 66.

首先,北方国家反复强调了“从实力出发”的现实主义立场。美国认为,如果国际法院要绕开“核大国”的意见和实践,将限制或禁止核武器识别为一种国际法规则,那么即便存在所谓的“规则”,也不会取得任何实质上的效果。^①同样,在国际人道法方面,“军事大国”的实践也被认为是习惯国际法形成中必须得到特别考虑的因素,因为这些国家是主要的行为者。^②在北方国家的视角中,规则不得不在该问题上具备强大“实力”的国家之支持,就不可能产生预设的规范效果。

其次,北方国家提出,当考虑哪些国家特别受到影响时,大国在多数情况下能够提供更为充分的实践证据和更为清晰的立场表述。例如,国际法院和国际机构往往更容易被北方国家的实践和言辞吸引,并基于此确定识别习惯国际法的实践证据范围。^③对此,一些北方国家的学者辩解道,“一些国家对习惯法发展的影响比其他国家大,是因为一些国家的实践比其他国家的实践更频繁或更公开,而不是因为强国在本质上比其他国家更重要”。^④

最后,基于更多的实践经验及其带来的更为务实的理解,北方国家主张自己拥有多于“小国”的权重。有观点认为,在确定特别受影响国家时,必须理智地给予拥有经验、进行深入研究和对后果加以深思熟虑的国家在习惯国际法规则形成过程中更大的权重。^⑤北方国家丰富的实践与研究能有效地贡献于新规则的构造,而这些国家在过去实践中获得的切身实践,“将确保它们带着现实的想法和可能的建议参与规则谈判”。^⑥

尽管在当前的国际法律体系中,“大国特权”并非被绝对禁止,其中部分更是由《联合国宪章》等重要国际文件^⑦所确立,但“被赋予法律特权的大国应当承担特殊的法律义务”,^⑧以增进各国的整体利益。然而,这种足以使“特权”正当化的义务感,在当前还无法在北方国家的主张中找到。

相比之下,反对当前特别受影响国家理论的观点,往往与南方国家对大国霸权或破坏主权平等的担忧联系起来。根纳季·达尼连科(Gennady Danilenko)警告说,在没有明确定义的情况下,特别受影响国家理论很可能被“重要国家”或“强大国家”所滥用,因为“这些国家总是被认为特别受国家间的所有或几乎所有政治与法律进程的影响”。^⑨在《习惯国际法识别的结论草案》起草过程中,来自约旦的国际法委员会委员马哈茂德·哈穆德(Mahmoud Hmoud)指出,有关特别受影响国家理论的表述似乎暗示大国的参与对于习惯国际法规则的形成至关重要,这令

① *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 20 June 1995 from the Acting Legal Adviser to the Department of State, together with Written Comments of the Government of the United States of America (June 20, 1995), pp. 8–9.

② The United States Department of Defense, *Law of War Manual*, p. 32, https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/law_war_manual15.pdf.

③ George Rodrigo Bandeira Galindo & Cesar Yip, “Customary International Law and the Third World: Do not Step on the Grass”, (2017) 16 *Chinese Journal of International Law* 251, p. 258.

④ Micheal Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, (1975) 47 *British Yearbook of International Law* 1, p. 23.

⑤ See Shelly Yeini, “The Specially-Affecting States Doctrine”, (2018) 112 *American Journal of International Law* 244, pp. 252–253.

⑥ See John B. Bellinger & Vijay M. Padmanabhan, “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”, (2011) 105 *American Journal of International Law* 201, p. 243.

⑦ A More Secure World: Our Shared Responsibility – Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, pp. 13–14.

⑧ 蔡从燕:《国际法上的大国问题》,载《法学研究》2012年第6期,第188页。

⑨ See G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Vol. 15) (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), p. 95.

人担忧。^① 他坦率地表示,“幸运的是,这一想法没有被纳入结论草案”。^②

更多的学者已经旗帜鲜明地指出,某些国家自认为受到特定习惯国际法规则的特别影响是不成立的,因为“国家主权和法律平等的基本理论是国际法的基石,不能轻易推翻”。^③ 因此,允许部分国家的意见和实践在习惯国际法形成中处于更为优越的地位,从根本上与主权平等和法律平等理念相违背,故完全没有必要进一步讨论其具体的构造或效果。类似的观点表达并不少见,即“国际法中的国家平等……不允许在国际法规则制定过程中,存在所谓‘特别重要’国家的任何先验性假设”。^④ 就维护南方国家利益而言,彻底排除特别受影响国家理论是最优选择,并“可以更好地避免对于主权平等原则的挑战”。^⑤

无论如何,特别受影响国家理论的发展将对各国国家利益产生潜在影响已经成为共识。基于“负责任大国”的自我定位和维护自身利益的需求,中国有必要也有能力参与到具体规则的建构中去,并妥当地提出自己的意见与方案。从整体视角来看,为在国际法体系建构与变迁过程中获取更为有利的地位,中国确有必要支持特别受影响国家理论成为习惯国际法识别规则,更好地在国际法层面维护中国在特定领域中的国家利益。然而,从具体的视角考察,中国所支持的特别受影响国家理论不能落入英美国家所提出的所谓“从实力出发”的现实主义逻辑。恰恰相反,中国应充分顾及南方国家的诉求,对于所谓“最强国主导”方案作出修正和限缩。

在围绕特别受影响国家理论的论争中,凝聚了较为充分共识的方案是将其作为一种“防御手段”。这使得特别受影响国家能够有更优越的地位去阻止一项新规则的形成,或避免既有规则的改变。这种观点不仅在“北海大陆架案”和“渔业管辖权案”判决中被提及,在国际法协会、国际法委员会以及红十字国际委员会等国际机构中得到支持,而且包含在部分北方国家的法律立场之中。^⑥ 并且,这种“消极”的适用逻辑也没有激起南方国家及其学者的强烈反对。因此,作为否决规则的特别受影响国家理论,可以成为中国在国际造法中引入该理论的起点。这也能够帮助中国在论证中保持一种温和的中立,以区别于北方国家所抱持的激进观点。与此同时,特别受影响国家理论在国际造法中的引入,也有助于中国回击北方国家单边臆想的“以规则为基础的国际秩序”,反对霸权国家将自我证成的“规则”用以约束世界上的其他国家。

四 结语

国家主权平等原则是现代国际法体系的基石,但绝对的主权平等难以实现,而在国际法上承认不平等又难免使人心惊。特别受影响国家理论试图在一定程度上将国际造法进程中各国存在影响力差异之事实“重述”为某种国际法规范,以容许国家间“合理的不平等”。然而,该理论尚

① International Law Commission, Summary Record of the 3226th Meeting, A/CN.4/3226, p. 132.

② International Law Commission, Summary Record of the 3226th Meeting, A/CN.4/3226, p. 132.

③ See Christian Reus-Smit (ed.), *The Politics of International Law* (Cambridge University Press, 2004), p. 120.

④ See Mark Eugen Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of their Interactions and Interrelations, with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Brill, 1985), p. 15.

⑤ Steven R. Ratner, *The Thin Justice of International Law: A Moral Reckoning of the Law of Nations* (Oxford University Press, 2015), p. 209.

⑥ The United States Department of Defense, *Law of War Manual*, p. 32.

处在建构之中，其未来发展最终仍取决于各国的选择与博弈。

无论如何，特别受影响国家理论在过去数十年内持续得到运用与发展。国际法院在判例中反复援引特别受影响国家理论，联合国、红十字国际委员会等主要国际组织亦承认，特别受影响国家在习惯国际法识别过程中有别于其余国家的重要性。当前，南方国家与北方国家的尖锐矛盾使得特别受影响国家理论的广泛适用陷于困境。在一系列国际法议题中，各方围绕特别受影响国家理论的存废与内涵展开长久论辩。基于现实主义和强权立场所提出的建构方案过于偏袒大国和强国，因此招致强烈反对。在此背景下，中国有必要采取平衡的自我定位，在推动特别受影响国家理论嵌入国际造法规则的同时，斟酌对于该理论具体内容的表态，以审慎的态度支持特别受影响国家在习惯国际法的识别中优越于其余国家的“否决权”。

“Specially Affected States Doctrine” in Customary International Law

Chen Xidi

Abstract: In the identification of customary international law, states specially affected by the proposed rule should be given greater consideration than other states. However, the precise meaning of “affected” as well as “consideration” has not been fully clarified, and the effect of the rule has not been well clarified. Nevertheless, the specially affected states doctrine has received considerable attentions and application among international courts, major international organisations and state practices. The existence and content of the doctrine have been controversial in many areas of international law, and the divergences among the parties remain significant. The continuing international debate on the doctrine essentially reflects the different views of states on the understanding of the principle of sovereign equality, and reflects the contradictory national interests and imaginations of the international order. It is necessary for China to take advantage of the opportunity in the development of the rules, adopt a balanced position, and propose constructive solutions in accordance with its position as a “responsible world power”.

Keywords: Specially Affected States, Rules-based International Order, International Law-based International Order, International Law-Making, Sovereign Equality, Identification of Customary International Law

(责任编辑：郝鲁怡)