



国际法院“尼加拉瓜诉哥伦比亚案” 2023 年判决之批评

——以习惯国际法的识别为中心

孔令杰 陈 龙*

摘要：国际法院在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023 年判决中提出，依据习惯国际法，一国对其领海基线量起 200 海里外大陆架的权利不能延伸至从另一国基线量起 200 海里以内。一般惯例和法律确信是习惯法规则的构成要素，“两要素法”是公认的识别习惯法的基本方法，该方法要求单独评价和认定两项要素的存在。在这项习惯法规则的识别上，国际法院声称但并未真正适用“两要素法”，没有单独识别一般惯例和法律确信。在一般惯例的认定上，法院主要依据的是有关国家向大陆架界限委员会提交的划界案，忽视了其他类型的国家实践及相反的国家实践，其所依据的国家实践难以称得上具有足够的广泛性、代表性和一致性。在法律确信的认定上，法院没有依据直接相关的确凿证据，而是基于动机具有极大不确定性的国家实践作出推断。可以说，法院以自我断言的方式直接声称习惯法规则的存在，这种做法既与习惯法认定的一般做法不符，也严重偏离其自身形成的相关判例。法院所声称的习惯法规则实质上改写了《联合国海洋法公约》的相关条款，可能对全球范围内众多沿海国大陆架外部界限的确定、划界及相关海洋权利争端的解决产生长远影响。法院的做法本质上属自我造法，将遭到包括中国在内的众多沿海国的反对。

关键词：尼加拉瓜诉哥伦比亚案 国际法院 联合国海洋法公约 200 海里外大陆架 习惯国际法 两要素法

一 引言

2023 年 7 月 13 日，国际法院就“尼加拉瓜与哥伦比亚间距尼加拉瓜海岸 200 海里外的大陆架划界问题案”（下称“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”）作出最终判决。法院认为，根据习惯国际法，一

* 孔令杰，武汉大学中国边界与海洋研究院教授、博士生导师；陈龙，武汉大学中国边界与海洋研究院国际法专业硕士研究生。本文系国家社科基金重大专项（22VHQ004）的阶段性研究成果。本文所有网络文献的最后访问日期均为 2025 年 1 月 5 日。

国对其领海基线量起 200 海里外大陆架的权利不能延伸至从另一国基线量起 200 海里以内。^① 法院据此裁定该案当事国之间不存在需要划界的大陆架权利重叠区域，并驳回了尼加拉瓜提出的划界请求。^② 至此，在尼加拉瓜于 2013 年向法院提起它与哥伦比亚之间的第二次海洋划界诉讼程序近 10 年后，法院终于以一份备受期待而又出人意料的判决结束了该案。^③

该案是尼加拉瓜 2001 年在国际法院提起的“领土和海洋争端案”的后续程序，且经历了如下几个主要阶段。在 2012 年作出的“领土和海洋争端案”判决中，国际法院解决了尼加拉瓜和哥伦比亚关于岛礁主权及专属经济区和 200 海里内大陆架的划界争端。针对尼加拉瓜提出的 200 海里外大陆架划界诉求，法院认为，“对尼加拉瓜海岸 200 海里外大陆架进行划界的条件是，尼加拉瓜依据《联合国海洋法公约》（下称《公约》）第 76 条第 8 款向大陆架界限委员会（下称 CLCS）提交关于其 200 海里外大陆架界限的信息”。^④ 鉴于尼加拉瓜仅向 CLCS 提交了初步信息，法院裁定不能支持尼加拉瓜提出的划界主张。^⑤ 2013 年 6 月 24 日，尼加拉瓜向 CLCS 提交了其关于 200 海里外大陆架界限的完整划界案，^⑥ 并于同年 9 月 16 日向国际法院提起关于本国 200 海里外大陆架与哥伦比亚大陆架划界争端的诉讼程序。^⑦ 2016 年 3 月 17 日，法院作出关于管辖权初步反对意见的判决，裁定法院对案件具有管辖权，且尼加拉瓜提出的划界请求具有可受理性。^⑧ 令人意外的是，直到 6 年后，法院于 2022 年 10 月 4 日发布命令，规定双方在接下来举行的口头程序中仅就如下两个法律问题发表意见：

第一，根据习惯国际法，一国对自测算其领海宽度的基线量起 200 海里以外大陆架的权利，是否可以延伸至从另一国基线量起 200 海里以内？

第二，根据习惯国际法，确定自测算领海宽度的基线量起 200 海里以外大陆架界限的标准是什么，以及在这一点上，《公约》第 76 条第 2 至 6 款是否反映了习惯国际法？^⑨

法院 2023 年判决最受关注的当属第 77 段，法院在此段中识别了习惯国际法，该段也是法院

① See *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* (hereinafter “*Nicaragua v. Colombia Case*”), Judgment, I. C. J. Reports 2023, p. 29, para. 79.

② *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 34, para. 104.

③ See Hilde Woker, “Preliminary Reflections on the ICJ Judgment in *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)* of 13 July 2023”, p. 1, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/preliminary-reflections-on-the-icj-judgment-in-question-of-the-delimitation-of-the-continental-shelf-between-nicaragua-and-colombia-beyond-200-nautical-miles-from-the-nicaraguan-coast-nicaragua-v-co/>.

④ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 669, paras. 127, 129; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2016 (I), p. 132, para. 85.

⑤ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 669, para. 251.

⑥ “Submission of the Republic of Nicaragua to the Commission on the Limits of the Continental Shelf”, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nic66_13/clcs66_2013.pdf.

⑦ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 15, paras. 25–26.

⑧ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 8, para. 10.

⑨ *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, pp. 8–9, para. 14.

作出最终判决的唯一依据：

法院注意到，在实践中，绝大多数向 CLCS 提交划界案的《公约》缔约国都选择在划界案中不主张其扩展大陆架的外部界限在另一国基线 200 海里以内。法院认为，各国向 CLCS 提交划界案的做法表明了法律确信，即便这种做法可能部分是出于法律义务感之外的考虑。此外，法院注意到，只有少数国家在其划界案中声称有权拥有延伸至其他国家 200 海里以内海域的扩展大陆架，而且，在这些情况下，有关国家对这些划界案提出了反对。在少数几个非《公约》缔约国的沿海国中，法院没有发现有任何一国主张拥有延伸至另一国基线 200 海里以内的扩展大陆架。从整体上看，为识别习惯国际法之目的，各国的实践可被视为是足够广泛和统一的。此外，鉴于实践跨越了很长的时间范围，可将这种国家实践视为法律确信的一种表达，该法律确信是习惯国际法的一个构成要素。事实上，可通过“基于对足够广泛和令人信服的实践的分析进行归纳”来证明该要素。^①

对于法院在该段中给出的结论及其识别习惯国际法所适用的方法、依赖的证据、依循的标准及给出的理由，该案的通卡（Judge Tomka）、鲁滨逊（Judge Robinson）、查尔斯沃思（Judge Charlesworth）、斯科特尼科夫（Judge Skotnikov）等 4 位法官分别发表了反对意见，薛捍勤法官发表了单独意见。他们认为，法院对国家实践的查实、评价和认定不完整、不充分，未分析相反的国家实践；法院仅从部分国家实践中演绎出法律确信，未单独认定法律确信；国际法院和国际海洋法法庭等司法机构之前的相关判例也不支持法院的结论。^② 此外，通卡法官还质问法院，如果法院认为国际法上存在这样一项习惯法规则，它为何不在 2012 年或 2016 年的判决中便直接裁定尼加拉瓜的请求根本不具有可受理性。^③ 国际法和海洋法领域的学者也对该段判决提出质疑或批评，认为法院未给予相反国家实践足够的重视，未充分讨论国家实践背后动机的争议性便简单认定存在法律确信，法院识别习惯国际法的做法与它在过往案件中的审慎态度存在明显出入，且存在严重的缺陷和瑕疵。^④

事实上，国际法是否允许一国将 200 海里外大陆架延伸至另一国自基线量起 200 海里以内，这一问题已在近年来的国际法律实践中突显出来。然而，如法院在该案判决中所明确承认的，

① *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

② See *Nicaragua v. Colombia Case*, Separate Opinion of Judge Xue; Dissenting Opinion of Judge Tomka; Dissenting Opinion of Judge Robinson; Dissenting Opinion of Judge Charlesworth; Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Skotnikov.

③ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, pp. 2-3, paras. 4-8.

④ 参见 Vito De Lucia, “On the Question of *Opinio Juris* in *Nicaragua vs. Colombia* (Judgement 13 July 2023)”, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/on-the-question-of-opinio-juris-in-nicaragua-vs-colombia-judgement-13-july-2023/>; Hilde Woker, “Preliminary Reflections on the ICJ Judgment in Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (*Nicaragua v. Colombia*) of 13 July 2023”, pp. 4-5, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/preliminary-reflections-on-the-icj-judgment-in-question-of-the-delimitation-of-the-continental-shelf-between-nicaragua-and-colombia-beyond-200-nautical-miles-from-the-nicaraguan-coast-nicaragua-v-co/>; Keshav Somani, “The ICJ’s Judgment in *Nicaragua v. Colombia*: Back to the Basics”, *Opinio Juris* official website, <https://opiniojuris.org/2023/08/16/the-icjs-judgment-in-nicaragua-v-colombia-back-to-the-basics/>; Holly Leung, “The Extended Continental Shelf in *Nicaragua v. Colombia*: Identifying a Customary Rule Based on CLCS Submissions?”, (2024) 55 *Ocean Development & International Law* 206, pp. 207-208; 高健军：《外大陆架权利的新制约——国际法院“尼加拉瓜外大陆架案”批判》，载《国际法研究》2024年第2期，第13—17页。

《公约》第76条规定了大陆架的定义、主张依据、外部界限及其确定的实体和程序规则，但该条并未对该问题作出明文规定，从《公约》其他相关条款中也找不到明确的答案，亦无资料显示各国在第三次联合国海洋法会议期间给予这个问题特别的关注和讨论。^①此外，虽然包括法院在内的国际法庭在2012年“孟加拉湾划界案”、2021年“索马里/肯尼亚印度洋划界案”、2023年“毛里求斯/马尔代夫印度洋海洋边界划界争端案”等案件中，曾面临一国200海里外大陆架与他国200海里大陆架权利发生重叠和要求划界的问题，但它们都选择回避，没有在该问题上给出明确答案或形成一致和确定的国际判例。^②原则上讲，国际法院的判决仅对案件当事国具有法律拘束力，^③但法院明确地裁定习惯国际法不允许一国将其200海里外大陆架的权利延伸至从另一国基线量起200海里以内，这一结论无疑会对《公约》项下和海洋法上的大陆架制度及相关沿海国家的权利产生重要影响。^④

此外，国际习惯是《国际法院规约》第38条第1款明文规定的一种国际法渊源，而渊源又是国际法的核心。^⑤与条约原则上仅适用于缔约各方不同，除特殊情况外，^⑥习惯国际法原则上对各国具有同等效力。^⑦为了给习惯国际法的识别提供权威指引，联合国国际法委员会2018年通过了《关于习惯国际法的识别的结论草案》（下称《结论草案》）并得到联合国大会第73/203号决议的认可。^⑧《结论草案》将“两要素法”（two-element approach）确定为识别习惯国际法的基本方法，并就识别一般惯例（general practice）和法律确信（*opinio juris*）所依赖的证据、评价标准、判断方法等具体问题给出了原则性结论。应当指出，根据《联合国宪章》，此类大会决议并不具有约束力或任何法律效力，但国际法委员会的成果因其权威性似乎已成为审议习惯国际法识别相关事项的基本参考指南。^⑨而国际司法机构，特别是国际法院作为联合国的主要司法机关，在习惯国际法识别方法和评价标准的形成和发展上同样具有不可忽视的影响力。^⑩国际法院在个

① See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, pp. 28–29, para. 76.

② 在该案中，尼加拉瓜援引2012年和2014年两个“孟加拉湾划界案”，认为划界中产生的“灰色区域”（gray area）表明在既有习惯国际法上并不存在法院结论所认定的规则；而哥伦比亚则认为两个“孟加拉湾划界案”的判决与该案无关，所谓的灰色区域是在绘制两个相邻沿海国之间的单一海洋边界时对等距离线进行调整后的产物。See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, pp. 24–26, paras. 58, 63.

③ 《国际法院规约》第59条规定，“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”

④ See Christopher Ward, “Question of the Delimitation of the Continental Shelf Between Nicaragua and Colombia Beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicar. v. Colom.)”, (2024) 118 (2) *American Journal of International Law* 324, pp. 330–331; Malcolm D. Evans, Nicholas A. Ioannides, “A Commentary on the 2023 Nicaragua v. Colombia Case”, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-2023-nicaragua-v-colombia-case/>; Xuexia Liao, “Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation?”, (2018) 33 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 79, p. 83; Matei Alexianu, “The Nicaragua v. Colombia Continental Shelf Judgment: Short But Significant”, American Society of International Law official website, <https://www.asil.org/insights/volume/27/issue/9>.

⑤ See *Yearbook of The International Law Commission*, Volume II Part Two, 2011, p. 183.

⑥ 一般指“一贯反对者”（persistent objector）和特殊习惯法（particular customary law）或区域习惯法（regional customary law）。

⑦ See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2019), p. 63.

⑧ International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, With Commentaries* (hereinafter “*ILC Draft Conclusions*”), 2018, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf.

⑨ See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2019), p. 66.

⑩ See Jean d’Aspremont, *The Discourse on Customary International Law* (OSAIL, 2021), p. 40.

案中是否严格依循和实际适用为各国普遍接受的习惯国际法识别方法和评价标准，深刻影响着国际法体系的完整性、统一性和权威性。

对于习惯国际法识别这个国际法上的“老问题”，常设国际法院和国际法院识别习惯国际法的方法一直是学界研究的重点。达斯普蒙教授（Jean d'Aspremont）将习惯国际法识别模式划分为4个阶段。^① 塔尔蒙教授（Stefan Talmon）研究发现，在确定习惯国际法时，法院并非使用单一方法，混合使用归纳、演绎和断言才是法院方法论的特点。^② 对于法院在识别习惯国际法上过于“灵活”的做法，国际法理论和实务界的质疑和反思声从未停止，但法院似乎无意改变这种做法。^③ 然而，在该案所涉习惯法国际法识别的情形下，无论是基于适当情形的务实做法，或是出于司法经济的考虑，抑或是为避免陷入“法律不明”（*non liquet*）的处境，法院都很难为自身以如此轻率的方式声称习惯国际法规则找到有力的辩解理由。^④ 作为当前国际社会最具影响力、权威性和普遍性的司法机构，国际法院在确定应适用的法律、解释法律、适用法律上皆应避免自我造法和立法的嫌疑。^⑤ 然而，如通卡法官在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”判决反对意见中一针见血地指出的，“本判决不是基于国际法的适用而作出的，而是基于法院自身‘发明’的一项规则。判决没有对国家实践或必要的法律确信做任何认真的分析。它纯粹是在简单地声称‘习惯规则’。”^⑥ 更令人担忧的是，该案是否会开启法院识别习惯国际法的新篇章？

基于以上认识，本文参照国际法委员会2018年《结论草案》中的相关结论，结合相关国际判例，集中批判法院在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中对习惯国际法的识别，特别是判决第77段所集中反映的法院做法；论文第二部分指出法院虽然表面上说要依循“两要素法”，但并未真正适用此方法，特别是没有基于可靠证据单独评价和确认法律确信；第三、四部分分别讨论法院在评价和认定习惯国际法客观构成要素和主观构成要素上存在的缺陷和瑕疵。

二 国际法院未真正适用识别习惯国际法的“两要素法”

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决第46段中，国际法院援引了1985年“利比亚/马

-
- ① 按照达斯普蒙教授的划分方法：第1阶段是整体识别方法主导阶段（1920—1927年），第2阶段是“两要素法”主流化的阶段（1927—1986年），第3阶段是对“两要素法”发起挑战和反思的阶段（1986—2018年），第4阶段被称为变相的整体方法阶段（2018年至今）。See Jean d'Aspremont, *The Discourse on Customary International Law* (OSAIL, 2021), pp. 17–40.
- ② See Stefan Talmon, “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion”, (2015) 26 *European Journal of International Law* 417, p. 441; William Thomas Worster, “The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches”, (2013) 45 *Georgetown Journal of International Law* 445, p. 520.
- ③ 参见邓华：《国际法院对习惯国际法的“断定”：对象、手段和功能》，载《中国国际法年刊》（2017），法律出版社2018年版，第144—149页；Katie A. Johnston, “The Nature and Context of Rules and the Identification of Customary International Law”, (2021) 32 *European Journal of International Law* 1167, pp. 1169–1171.
- ④ See Sienho Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, (2016) 7 *Journal of International Dispute Settlement* 472, pp. 486–487; Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2019), p. 72; Omri Sender & Michael Wood, “The International Court of Justice and Customary International Law: A Reply to Stefan Talmon”, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-and-customary-international-law-a-reply-to-stefan-talmon/>.
- ⑤ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 237, para. 18.
- ⑥ *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, p. 1, para. 3.

耳他大陆架划界案”判决中关于习惯法识别方法的经典表述，即“应主要从各国的实际做法和法律确信中寻找习惯国际法的材料，这是不言自明的”。^① 这至少表明法院认识到且在口头上表示它会适用“两要素法”来识别习惯国际法。在判决第77段，法院还提到，“在实践方面，绝大多数向 CLCS 提交划界案的《公约》缔约国都选择在划界案中不主张其扩展大陆架的外部界限在另一国基线200海里以内”。法院接着对这些实践给出了评价，认为它们是“足够广泛和统一”的。^② 在法律确信方面，法院指出，“各国向 CLCS 提交划界案的做法表明了法律确信，即便这种做法可能部分出于法律义务感以外的考虑”。^③ 这是法院认定既有国家实践和法律确信皆满足了识别一项习惯国际法相关要求的全部依据和说理。

（一）识别习惯国际法的“两要素法”

“两要素法”一般被视为一种归纳方法，也是公认的习惯国际法的基本方法。《国际法院规约》第38条第1款(b)项将习惯国际法定义为“作为通例之证明而经接受为法律者”，明确地将国家实践和法律确信确定为习惯国际法必备的两个基本构成要素。^④ 《结论草案》在“基本方法”部分的结论2中同样明确指出，“要确定一项习惯国际法规则的存在和内容，必须查明是否存在一项被接受为法律（法律确信）的一般惯例”。^⑤ 换言之，一般惯例和法律确信共同构成了习惯国际法规则，两者缺一不可。根据“两要素法”，识别一项习惯国际法规则必须逐一确定一般惯例和针对该惯例的法律确信是否独立存在。

严格适用“两要素法”来识别习惯国际法规则不仅得到国际法委员会的支持，^⑥ 还为国际法院在多个案件中所反复确认，它也是维持实在国际法统一性和一贯性的本质要求。^⑦ 诚然，一些学者对于“两要素法”提出了诸多批评，包括该方法存在所谓循环论证、民主性欠缺、适用标准模糊以及保守色彩过强等问题。^⑧ 然而，不容否认的是，目前并没有出现一种得到各国普遍支持且在实践中得以真正适用的替代性方法。在这一点上，国际法委员会习惯国际法识别问题的特别报告人迈克尔·伍德（Michael Wood）曾犀利地指出，事实上，学术界在习惯法理论上的某些新探索并未给那些参与习惯国际法识别的法官和律师在方法论上带来真正的焦虑。^⑨ 总体

① *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 22, para. 46.

② *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

③ *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

④ See Birgit Schlutter, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International ad hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 13.

⑤ *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 124.

⑥ 国际法委员会（ILC）是承担联合国大会关于发动研究并作成建议以“提倡国际法之逐渐发展与编纂”任务的联合国机构，国际法院也时常将委员会通过的各类结论草案作为强化其论证以及认定习惯国际法的重要依据。See Stefan Talmon, “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion”, (2015) 26 *European Journal of International Law* 417, p. 437; Katie A. Johnston, “The Nature and Context of Rules and the Identification of Customary International Law”, (2021) 32 *European Journal of International Law* 1167, p. 1171.

⑦ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 126.

⑧ 参见钟燕慧、吴坚：《论习惯国际法的重构——基于南北国家利益平衡的视角》，载《开放时代》2024年第1期，第144页；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21—22页。

⑨ See Omri Sender and Michael Wood, “Custom’s Bright Future: The Continuing Importance of Customary International Law”, in C. Bradley (ed.), *Custom’s Future: International Law in a Changing World* (Cambridge University Press, 2016), pp. 365–366.

而言,对于习惯国际法而言,实践中形成的惯例是首要因素,如果缺少一般惯例,习惯国际法的独特性质将难以显现;同样,如果缺少法律确信,又难以将习惯规则与其他性质的行为规则相区分。^①可以说,“两要素法”在可操作性、可预期性和稳定性方面皆有显著优势,一般惯例和法律确信二者相辅相成,不仅为识别习惯法规则构建了一种从实证路径进行法律论证的分析框架,也为识别习惯法规则所能提出的依据划定了必要的标准和范围。^②

(二) 国际法院未真正适用“两要素法”

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中,国际法院并未真正适用“两要素法”来识别习惯国际法规则。

第一,“两要素法”要求依据确凿的证据来认定是否存在一项被接受为法律的一般惯例,以及判断关于习惯国际法存在或内容的一项主张是否具有充分依据,这是法院识别习惯国际法必须始终围绕的中心。^③然而,在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中,国际法院用一段只有6句话的判词,简单声称存在习惯国际法的两项构成要素,并未真正将“两要素法”置于识别习惯法规则的中心。具体而言,法院首先援引1985年“利比亚/马耳他海洋划界案”以说明专属经济区与大陆架之间的关系,接着指出《公约》规定确定200海里外大陆架外部界限实质和程序性条件的目的在于保护“区域”,并阐释了《公约》设置第82条第1款规定“缴付费用或实物”内容的意图,^④但法院给出的这些说理并非识别习惯国际法应关注的重点。对于应重点评价的习惯国际法的两个构成要素,在国家实践方面,法院只提到,“绝大多数向CLCS提交划界案的《公约》缔约国都选择在划界案中不主张其扩展大陆架的外部界限在另一国基线200海里以内”,法院进而从整体上直接将这些实践视为是“足够广泛和统一的”。^⑤法院不可能没有注意到当事国围绕相关国家实践展开的激烈辩论及双方争议的焦点,^⑥但它却没有例举任何特定的国家实践或对其作出评价,也没有对相反的、不一致的、不确定的重要国家实践作出任何分析或评价。在法律确信方面,法院仅提及,“鉴于实践跨越了很长的时间范围,可将这种国家实践视为法律确信的一种表达”。^⑦法院没有提及足以证明法律确信存在的任何特定或直接的证据。正如通卡法官在其反对意见中所批评的,法院并未切实掌握各国实践的动机,法院这一推断完全是“危险的一跃”。^⑧

第二,法院对于两要素的评价不符合“两要素法”的要求。《结论草案》结论3要求单独评

① See Karol Wolfke, *Custom in Present International Law* (Martinus Nijhoff, 2nd edn, 1993), pp. 40 – 41; Omri Sender and Michael Wood, “A Mystery No Longer? *Opinio Juris* and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law”, (2017) 50 *Israel Law Review* 299, pp. 305 – 306.

② See Fernando Lusa Bordin, “A Glass Half Full? The Character, Function and Value of the Two-Element Approach to Identifying Customary International Law”, (2019) 21 *International Community Law Review* 283, pp. 290 – 293; Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2019), p. 71.

③ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 125.

④ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, pp. 27 – 29, paras. 70, 74 – 76.

⑤ *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

⑥ See *Nicaragua v. Colombia Case*, CR 2022/27, Public Sitting, 7 December 2022, pp. 16 – 21, paras. 7 – 15; *Nicaragua v. Colombia Case*, CR 2022/28, Public Sitting, 9 December 2022, pp. 18 – 23, paras. 9 – 27.

⑦ *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

⑧ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, p. 17, para. 58.

价和确定两个构成要素中的每一项要素。^① 在这一点上，国际法委员会特别强调，习惯国际法的两个构成要素在概念上具有独立性，构成有关惯例的行为本身并不是被接受为法律的证据，不能直接从所涉惯例推断出法律确信，不得仅从一个要素的存在推断出另一个要素的存在。^② 然而，在该案中，法院在声称国家实践满足一般惯例的相关要求后，便直接从这些国家实践中推断出法律确信。^③ 法院认为各国在 CLCS 划界案中的做法是基于法律义务感，反映了法律确信，然而，法院并未说明应该依据哪些材料来查实法律确信，也未对相关国家向 CLCS 提交的划界案作任何分析和评价，更没有解释为何可将行为动因存在极大不确定性的相关国家实践“视为法律确信的一种表达”。事实上，当事国在该案中围绕法律确信提出了针锋相对的论点并展开激烈辩论，尼加拉瓜坚持主张一些国家在其 CLCS 划界案中自我限制的做法是出于法律义务感之外的考虑，而哥伦比亚则主张在特定情况下，国家实践能成为法律确信的证据。^④ 让人不解的是，法院对此视而不见，未在判决中对当事国之间的争议焦点问题作出直接回应，或对其结论给出充分的理由。

国际法院在该案中的做法与它在先前案件中依赖各国在国际组织及国际条约中的行为来识别习惯国际法的做法并不一致。例如，在 2012 年“国家豁免权案”中，为了回答根据习惯国际法他国武装部队在一国领土上实施侵权行为是否构成国家豁免的例外这一问题，法院首先指明了应该主要从哪些事实中寻找国家实践和法律确信，并对各国在相关国际条约上的立场、各国国内立法以及各国的国内司法判决进行了全面的调查和细致的分析。^⑤ 反观该案，法院的做法似乎更符合“单要素理论”（single-element theory）的要求，^⑥ 甚至可以说是直接断言一项习惯国际法的存在。

综上，“两要素法”是公认的认识习惯国际法的最基本和最可靠的方法。^⑦ 在该案中，法院提及习惯国际法的两个构成要素，且在名义上表示将适用“两要素法”，但它实际上并未真正适用该方法，没有依据可靠的证据分别评价和确定一般惯例和法律确信的存在，特别是仅从行为动因存在极大不确定的国家实践中推导出法律确信。

三 国际法院在评价习惯国际法客观构成要素上存在的缺陷

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中，法院主要依据有关国家向 CLCS 提交的划界案来评价国家实践和认定一般惯例。在该案所涉向 CLCS 提交的划界案中，有 43 个国家的 55 份划

① See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 127.

② See *ILC Draft Conclusions*, 2018, pp. 128 – 129.

③ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

④ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 24, para. 57; p. 26, para. 67.

⑤ See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 123, para. 55, pp. 128 – 135, paras. 66 – 79.

⑥ 该理论是指仅凭长期存在的广泛和一致的惯例就足以认定一种习惯国际法的形成。See Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, 2nd edn, 2019), p. 74; Sir Michael Wood, “The Present Position within the ILC on the Topic ‘Identification of Customary International Law’”; in Partial Response to Sienho Yee, Report on the ILC Project on ‘Identification of Customary International Law’”, (2016) 15 *Chinese Journal of International Law* 3, p. 8.

⑦ See Fernando Lusa Bordin, “A Glass Half Full? The Character, Function and Value of the Two-Element Approach to Identifying Customary International Law”, (2019) 21 *International Community Law Review* 283, p. 285; Omri Sender and Michael Wood, “A Mystery No Longer? *Opinio Juris* and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law”, (2017) 50 *Israel Law Review* 299, p. 306.

界案属于沿海国可依据自然延伸主张其大陆架延伸至其他国家 200 海里以内，而这其中 39 个国家的 51 份划界案选择主动限制本国的大陆架权利主张。法院从整体上认定这些国家实践具有足够的广泛性和统一性。然而，法院对相关国家实践的考察并不全面和充分，对一般惯例广泛性、代表性和一致性的评价和认定亦存在缺陷。

（一）习惯国际法客观构成要素的评价标准

习惯国际法的客观构成要素是存在一项一般惯例，^① 一般惯例是指“有助于习惯国际法规则的形成或表述的国家实践”。^② 国家实践包括外交行为、与条约相关的行为、立法、司法、行政行为等多种形式的国家行为。^③ 客观构成要素是识别习惯国际法需要考虑的首要因素，因为相较于法律确信，国家的行为因其公开和客观的性质而往往更容易调查和确定，而且国家实践对习惯国际法规则的存在和内容皆有根本性的界定和限制作用。^④ 一般而言，一般惯例应依循整体评价法，判断的标准是由国家实践所构成的惯例是否具有“一般性”特征。国家实践的一般性具体是指惯例必须足够广泛和有代表性，以及惯例存在足够的一致性。^⑤

（二）国际法院在认定国家实践具有足够广泛性和有代表性方面存在的瑕疵

“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023 年判决第 77 段提及，绝大多数向 CLCS 提交划界案的《公约》缔约国都选择在划界案中自我限制，只有少数《公约》缔约国在其划界案中存在相反实践，而这些国家的划界案也都遭到相关受影响国的反对。同时，法院还表示未在少数非《公约》缔约国的沿海国中发现相反实践。^⑥ 法院据此认为这些实践从整体上看是足够广泛和统一的。然而，法院所依据的国家实践并不具有足够的广泛性和代表性。

1. 法院所依据的国家实践不具有足够的广泛性

关于国家实践广泛性的评价标准，国际法上并无关于数量和地域分布的精确要求，^⑦ 一般要求视所涉习惯国际法规则的性质和具体适用情况而定。《结论草案》结论 3 及其评注特别提到，在评估国家实践的相关证据时，需要明晰相关规则所规范的主体事项以及规则的性质，^⑧ 因为它们在一定程度上影响法院对“两要素法”的具体适用。^⑨ 在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023 年判决中，法院要识别的是一项涉及大陆架基本制度的习惯国际法规则。沿海国对于大陆架的权利

① See Maurice H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law* (Brill, 1999), p. 197.

② *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 130.

③ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 133.

④ See *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgement of 12 April 1960, I. C. J. Reports 1960, Dissenting Opinion of Judge Spender, p. 99.

⑤ See *ILC Draft Conclusions*, pp. 134 - 135.

⑥ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

⑦ See Jörg Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, (2004) 15 *European Journal of International Law* 523, pp. 530 - 531; Omri Sender and Michael Wood, “A Mystery No Longer? *Opinio Juris* and Other Theoretical Controversies Associated with Customary International Law”, (2017) 50 *Israel Law Review* 299, p. 308.

⑧ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 126.

⑨ See Katie A. Johnston, “The Nature and Context of Rules and the Identification of Customary International Law”, (2021) 32 *European Journal of International Law* 1167, pp. 1172 - 1174.

是基于“陆地统领海洋”这一基本规则,^① 是一项固有的、自始的且无需宣告的权利。^② 该习惯法规则是否存在将影响到全球范围内众多沿海国的权利和利益。对于一项具有普遍适用性的习惯国际法新规则, 国家实践的广泛性自然需要满足更高的标准。^③ 在1969年“北海大陆架案”中, 对于海洋划界中的等距离方法是否已经发展为一项习惯国际法规则, 阿蒙法官 (Judge Ammoun) 在其个人意见中指出, 尽管当事国所列举的国家实践很重要, 也考虑到了各个海域的有关情况, 但这些实践数量仅占到国际社会相关实践的近半数, 它们无法构成习惯国际法所要求的客观要素。^④ 反观该案, 法院完全依赖39个国家在向CLCS提交的51份划界案中采取某种“自我限制”的做法, 得出国家实践足够广泛的结论, 然而, 这些证据不仅数量有限, 而且形式单一, 所反映的国家实践的广泛性难以满足识别一项普遍适用的习惯国际法的要求。

类似地, 在1974年英国诉冰岛“渔业管辖权案”中, 为证明特别依赖沿海渔业的沿海国在其邻近水域享有优先捕捞权已经成为一项习惯国际法, 法院经仔细考察和分析各国在相关国际会议及条约中的立场、各类双多边协定、涉及众多沿海国的相关国际组织的行为以及特定区域内国家间安排等形式多样和范围广泛的国家实践, 才最终认定这项优先捕捞权在国家实践上已被广泛接受。^⑤ 反观该案, 除哥伦比亚在口头辩论中提到的中国、尼加拉瓜、韩国和索马里等4个相反实例外, 法院不仅忽视了CLCS划界案这一实践形式中存在着的相反实例, 也未能考察相关国家在双边条约、争端解决等其他国家实践形式中广泛存在的相反实例。在尼加拉瓜和个别法官提及的典型实例中, 以下两例尤为值得一提。^⑥ 其一, 法国于2014年向CLCS提交了法属圣皮埃尔—密克隆群岛海域的大陆架划界案, 对照其中的“圣皮埃尔—密克隆大陆架外部界限的定点示意图”与加拿大2013年提交的涉及大西洋海域大陆架划界案中“新斯科舍地区大陆架外部界限示意图”可以看出, 法国主张的200海里外大陆架部分区域延伸至加拿大200海里以内。^⑦ 其二, 加蓬于2012年向CLCS提交了外大陆架划界案,^⑧ 对此, 刚果在其2021年针对加蓬划界案所作

① See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, p. 51, para. 96; *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I. C. J. Reports 1982, p. 61, para. 73; *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, p. 89, para. 77.

② 1958年《大陆架公约》第2条3款规定:“沿海国对大陆架之权利不以实际或观念上之占领或明文公告为条件。”1982年《联合国海洋法公约》第77条第3款同样规定:“沿海国对大陆架的权利并不取决于有效或象征的占领或任何明文公告。”

③ See Panos Merkouris, Jörg Kammerhofer and Noora Arajärvi (eds.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law* (Cambridge University Press, 2022), pp. 337–340.

④ See *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, Separate opinion of Judge Fouad Ammoun, p. 130.

⑤ See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 26, para. 58.

⑥ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Separate Opinion of Judge Xue, para. 38; *Nicaragua v. Colombia Case*, CR 2022/27, Public Sitting, 7 December 2022, p. 20, para. 13.

⑦ “Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea in respect of the Area of Saint-Pierre-et-Miquelon”, p. 5, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fra72_14/SPM_Summary_EN_April2014.pdf; “Partial Submission of Canada to the Commission on the Limits of the Continental Shelf regarding its Continental Shelf in the Atlantic Ocean”, p. 13, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/can70_13/es_can_en.pdf.

⑧ “Outer Limits of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles from the Baselines: Submissions to the Commission; Submission by the Gabonese Republic”, 10 April 2012, UN official website, https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/gab60_12/Executive_Summary_eng.pdf.

的声明中提到：“刚果对加蓬提交的划界案持保留意见，原因在于加蓬提交的划界案所涉区域的南部可能与刚果的海域以及刚果在2009年3月12日提交给联合国秘书长的初步信息中所确定的200海里外大陆架扩展区域存在重叠。”^①虽然刚果目前尚未向CLCS提交划界案，但刚果在该声明中提到了“海域”并将之与其在初步信息中主张的扩展大陆架并列，显然，这一“海域”属于刚果200海里以内海域。由此，我们可以得出，一方面，加蓬所主张的200海里外大陆架延伸至了刚果200海里以内。另一方面，刚果承认两国所主张的海域存在重叠的可能，这表明刚果并不认为他国扩展大陆架不能延伸至本国200海里以内。

一般而言，识别习惯国际法规则所依据的国家实践的形式具有多样性，且各种形式的实践之间并没有预先确定的效力等级。^②在该案中，法院没有充分考察其他具有证据价值的国家实践，它重点依据的各国向CLCS提交的划界案中也存在诸多相反实践，甚至一些有相反实践的国家还被法院列入所谓“绝大多数”《公约》缔约国之中。因此，法院认定国家实践具有足够广泛性的标准、依据和说理皆有瑕疵，所得出的结论难以令人信服。

2. 法院所依据的国家实践不具有足够的代表性

国家实践除了要达到足够的数量，还必须具有足够的代表性，尤其应考虑那些利益受到特别影响的国家（specially affected States）的实践。^③特别受影响国家是指那些“特别参与有关活动或最有可能关注所称规则的国家”。^④国际法委员会在《结论草案》结论8的评注中强调，应重视“有机会或有可能适用所称规则的国家”，这些国家的实践具有代表性，且“有必要考虑所有情形，包括所涉的各种利益和/或各地理区域”。^⑤在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”所涉习惯国际法识别的语境下，受到特别影响的国家主要指那些依据自然延伸标准能够主张延伸至另一国200海里以内的宽大陆架国家，以及对于他国主张200海里外扩展大陆架应该和能够作出反应的国家。事实上，该案当事国围绕相关国家实践是否满足足够代表性的要求展开了激烈辩论，哥伦比亚在口头辩论程序中列举了亚太、欧洲、非洲和拉美等地区具有代表性的国家实践，而尼加拉瓜也基于各地区代表性的国家实践展开有针对性的反驳。^⑥法院本应全面考察这些国家的相关实践，但法院只在判决中提到各国在CLCS划界案中有支持法院结论的行为，对于非《公约》缔约国的实践更是一笔带过，完全没有回应当事国争论的焦点问题，便直接宣告国家实践满足了具有足够代表性的要求。

法院在事实考察方面回避客观事实，甚至有自说自话之嫌，与它在先前一些案件中评价国家实践代表性的做法并不一致。例如，在1974年“渔业管辖权案”中，为评估沿海国的优先捕捞权是否已经发展成一项习惯国际法规则，法院特别提及法罗群岛附近水域国家之间达成的关于捕

① “Communications Received with Regard to the Submission Made by Gabon to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Republic of the Congo”, 13 July 2021, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gab60_12/20210713CogNvUn001E.pdf.

② See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 133.

③ See Maurice H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law* (Brill, 1999), p. 219. 国际法院在一些涉及习惯国际法识别的案件判决中关注到并考虑了相关“特别受影响国家”的实践。参见陈曦笛：《习惯国际法中的“特别受影响国家理论”》，载《国际法研究》2023年第4期，第40—42页。

④ *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 136.

⑤ *ILC Draft Conclusions*, 2018, pp. 136 – 137.

⑥ See *Nicaragua v. Colombia Case*, CR 2022/27, Public Sitting, 7 December 2022, pp. 16 – 20, paras. 7 – 12; *Nicaragua v. Colombia Case*, CR 2022/26, Public Sitting, 6 December 2022, pp. 35 – 42, paras. 12 – 47.

鱼权的安排，特别注意到并提及这项安排包括比利时、丹麦、法国、联邦德国、挪威、波兰和英国等利益相关国。法院还专门提到一项有关东北北极鳕鱼捕捞管理的协定，协定缔约方包含英国、挪威和苏联等重要海洋国家。^① 类似地，在2012年“国家豁免权案”中，法院不仅细致列举并分析了美国、英国、南非、加拿大、澳大利亚、新加坡、阿根廷、以色列、日本和巴基斯坦等国专门针对国家豁免问题进行的国内立法实践，还特别考察了法国、斯洛文尼亚、波兰、希腊等国针对德国武装部队在第二次世界大战期间行为的国内司法实践，这些国家实践均与案件所涉习惯法规则存在紧密利益联系且具有重要的代表性。^② 在1982年“突尼斯/利比亚大陆架划界案”中，虽然当时已有众多国家主张专属经济区制度，但考虑到《公约》案文尚未获得最终通过，且包括美国、苏联在内的一些重要沿海国没有主张这一制度，法院在判决中只是审慎地提出，专属经济区制度将“有可能”被视为现代国际法的一部分，而并未直接认定一项习惯法已经存在。^③ 反观该案，除上文已提及的中国、尼加拉瓜、韩国、索马里、法国、刚果等国之外，还存在为数不少且海域分布广泛的相反国家实践。例如，阿根廷2009年向CLCS提交了一份划界案，对照其中的“位于大陆边—北斯科舍海岭联合区域的阿根廷大陆架外部界限定点地图”与智利2022年向CLCS提交的划界案中“智利南极领土的西部大陆架外部界限地图”可以发现，^④ 智利在迭戈拉米雷斯群岛（Diego Ramírez Islands）附近海域专属经济区界限和200海里大陆架界限并不重合，而阿根廷主张的200海里外大陆架与智利200海里内大陆架区域存在重叠部分。

总之，上述国家都属于具有代表性的沿海国家，它们的权利受到所涉习惯国际法规则的特别影响，从这些相反国家实践的数量和地理区域分布看来，法院得出的“绝大多数”《公约》缔约国的做法满足识别习惯国际法要求的论断缺乏事实根据。

（三）国际法院在认定国家实践具有一致性方面存在的缺陷

“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决第77段提及，从整体上看，国家实践是足够统一的，满足了识别习惯国际法的要求。一致性是认定一般惯例时评价国家实践的一项重要标准。为评价实践的一致性，一般应整体评价特定国家在所涉习惯国际法规则上所有已知实践，^⑤ 且应充分考虑到“相矛盾或不一致的惯例”。^⑥ 具体而言，为判断国家实践一致性之目的，既要注意到一国实践的一致性，也要注意与所涉习惯国际法相关各国的实践是否基本或实质上具有一致性，^⑦ 以

① See *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1974, p. 26, para. 58.

② See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, pp. 130 – 134, paras. 70 – 76.

③ See *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I. C. J. Reports 1982, p. 74, para. 100.

④ “Outer Limit of the Continental Shelf Argentine Submission”, p. 21, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/arg2009e_summary_eng.pdf; “Partial Submission of Chile to the Commission on the Limits of the Continental Shelf”, p. 14, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/chl_89_2022/2022-CHL-WCAT-ES-eng_secured.pdf.

⑤ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, pp. 134 – 135.

⑥ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, pp. 135 – 136.

⑦ 需要指出的是，国家实践不需要具有完全的一致性，存在不一致或相矛盾的实践并不必然导致对于一般惯例的否定性结论。See *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I. C. J. Reports 1986, p. 98, para. 186.

确保相关国家实践在内部和整体上皆具有基本相似和一致的特征。^①

在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”中，法院并未依据可靠的证据对相关国家提交的全部 CLCS 划界案或者相关实践的一致性作出整体的客观评价。根据《公约》第 76 条第 10 款的规定，《公约》第 76 条涉及的是沿海国大陆架权利主张和外部界限的确定问题，并不处理与邻国间重叠权利的划界问题，该款旨在确保沿海国依《公约》第 76 条主张的大陆架权利不影响和损害邻国的相关权利。^② 因此，一些《公约》缔约方根据《公约》第 76 条第 8 款向 CLCS 提交的划界案中主动将其可主张的扩展大陆架外部界限限制在他国 200 海里界限上的做法的确构成支持法院结论的重要证据。但需要注意的是，这些划界案自身并不具有终局性，而且并非国家在该案所涉习惯法问题上的唯一实践形式。因此，一国在某个特定划界案中的做法所反映的国家立场具有很大的不确定性，它们并非断定国家实践一致性的可靠证据。

一方面，各国可能出于不同的考虑只提交了关于部分海域的划界案，且有关国家可对划界案进行修订。以索马里为例，索马里于 2014 年向 CLCS 提交了一份划界案，该划界案提到，“为本划界案之目的，索马里大陆架外部界限最北端定点确定在也门 200 海里界线上”，^③ 这似乎暗示索马里的做法可证明法院的结论。然而，索马里在 2015 年提交的修订划界案中主张“索马里大陆架外部界限的最北端定点建立在与阿曼 200 海里界线的交点处”。^④ 索马里提交的划界案示意图显示，该国对 200 海里外大陆架的权利主张已延伸至也门 200 海里以内。另外，法国 2007 年提交的关于法属圭亚那和法属新喀里多尼亚区域的划界案、2012 年与图瓦卢和新西兰联合提交的划界案以及 2018 年提交的关于法属波利尼西亚区域的划界案，均将其外大陆架的延伸止步于另一国 200 海里以内。^⑤ 然而，法国于 2009 年提交了关于法属安的列斯和凯尔盖朗岛区域的划界案，对照其中“法属安的列斯大陆架外部界限示意图”与巴巴多斯 2008 年提交的划界案中“巴巴多斯大陆架最终外部界限示意图”可以看出，^⑥ 法国主张的 200 海里外大陆架与巴巴多斯 200

① 门德尔松 (Mendelson) 教授提出，“内部一致”是指其行为受到审议的每个国家必须在其从事有关行为的几乎所有场合都以同样的方式行事，“集体一致”是指不同国家不得采取实质上不同的做法。See Maurice H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law* (Brill, 1999), p. 212.

② See A Elferink and C Johnson, “Outer Limits of the Continental Shelf and Disputed Areas: State Practice Concerning Article 76 (10) of the LOS Convention”, (2006) 21 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 461, pp. 463 - 464.

③ “Continental Shelf Submission of the Federal Republic of Somalia Executive Summary”, pp. 10 - 11, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/som74_14/Somalia_Executive_Summary_2014.pdf.

④ “Continental Shelf Submission of the Federal Republic of Somalia Executive Summary Amended”, pp. 8 - 9, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/som74_14/2015-07-16_SOM-DOC-001.pdf.

⑤ See “Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea in respect of the Area of French Guiana and New Caledonia”, p. 3, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fra07/fra_executivesummary_2007.pdf; “Joint Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf by Tuvalu, the Republic of France and New Zealand (Tokelau) Executive Summary”, pp. 4, 7, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/tft62_12/tft_exsum_doc.pdf; “Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea in respect of the area of French Polynesia”, p. 4, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fra79_18/Part1_Summary_French_Polynesia_EN.pdf.

⑥ See “Partial Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea in respect of the area of the French Antilles and the Kerguelen Islands”, p. 5, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/fra09/fra_executivesummary_2009.pdf; “Continental Shelf Submission of Government Barbados Executive Summary”, p. 3, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/brb08/brb08_executive_summary.pdf.

海里内大陆架存在重叠区域。由此可见，法国在实践方面并未呈现出一般惯例所要求的一致性。

另一方面，国家在 CLCS 提交划界案的做法可能与其在其他场合中的做法并不完全一致。例如，马尔代夫于 2010 年向 CLCS 提交的划界案将其 200 海里外大陆架的延伸止步于其邻国斯里兰卡和印度的 200 海里。^① 然而，在 2023 年国际海洋法法庭“毛里求斯/马尔代夫印度洋海洋边界划界争端案”中，马尔代夫却主张其 200 海里外大陆架可以延伸至毛里求斯 200 海里以内。^②

《结论草案》的结论 7 指出，如果国家实践不一致，可能降低其对于“一般惯例”的贡献度。^③ 毫无疑问，上述国家在其多个划界案之间以及在划界案与其他情形之间持有不同立场，这无疑削弱了法院仅依据 CLCS 划界案来认定国家实践具有一致性结论的可靠性。同时，国际法委员会还强调，如果有关实践存在较大差异且难以观察到一种稳定的行为模式，则不能认定一般惯例的存在，^④ 这也与法院在之前案件中的做法相符。例如，在 1950 年“庇护权案”中，法院认为有关行使外交庇护权的实践以及各国对于庇护相关公约的立场存在众多不确定性、相互矛盾和变动之处，无法认定存在一项关于外交庇护权的习惯国际法规则。^⑤ 在 1951 年“英国/挪威渔业案”中，法院认为，虽然一些国家在其国内法和一些条约协定中采用了 10 海里规则，还有一些国家间仲裁裁决适用了该规则，但法院注意到也有其他国家采用了不同的长度，法院最终认定海湾封口线 10 海里规则并不构成一般国际法。^⑥ 反观该案，正如通卡法官所指出的，多达 20 个国家在其 CLCS 划界案或其他文件中存在不一致或相反的做法，这足以质疑既有国家实践符合一般惯例的认定标准。^⑦

四 国际法院在评价习惯国际法主观构成要素上存在的缺陷

较之于一般惯例和国家实践，法院在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023 年判决中评价和认定法律确信的做法受到了更多的质疑和批评。在判决第 77 段中，法院虽承认各国向 CLCS 提交划界案的实践可能部分出自法律义务感以外的考虑，但它并未解释这些考虑为何不会影响主观要素的认定，而是直接从这些国家实践中推导出法律确信。事实上，法院仅提到“鉴于实践跨越了很长的时间范围”这一对识别法律确信并不具有关键作用的时间要素，并援引其在 1984 年“缅甸湾划界案”判决中提到的“法律确信可以通过对足够广泛和令人信服的实践进行分析后通过归纳来检验”，便声称存在识别一项习惯国际法所要求的法律确信。^⑧ 法院不仅没有严格遵循“两要素法”单独评价和确定法律确信，更忽视了从 CLCS 划界案的国家实践中直接推断出法律确信的不可靠性。

① “Submission by the Republic of Maldives to the Commission on the Limits of the Continental Shelf Executive Summary”, pp. 10, 16, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/mdv53_10/MAL-ES-DOC.pdf.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, ITLOS, Judgment, 2023, p. 100, para. 267.

③ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 134.

④ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 137.

⑤ See *Colombian-Peruvian Asylum Case*, Judgment of 20 November 1950, I. C. J. Reports 1950, p. 277.

⑥ See *Fisheries Case*, Judgment, I. C. J. Reports 1951, p. 131.

⑦ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, p. 15, para. 49.

⑧ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Judgment, p. 29, para. 77.

（一）习惯国际法主观构成要素的评价标准

法律确信是习惯国际法的主观构成要素，一项惯例被接受为法律意味着相关惯例必须带有一种法律权利或义务感，必须伴有一种“此种惯例被习惯国际法所允许、要求或禁止的信念”。^①法律确信所独具的此种信念将它与法律以外的礼让、互惠、政治考量、便利、传统等行为动机区分开来。与国家实践具有多种形式类似，法律确信的证据形式也具有多样性，应当认真地分析所涉国家行为，以确定这些证据能否确切地反映出一国对于习惯国际法的观点。^②此外，虽然习惯国际法的两项要素可能共存于同一份证据材料中，仍需对两项要素进行单独识别。^③

法律确信对于一项习惯国际法规则的形成和维持具有至关重要的作用。显而易见，单纯的国家行为并不能等同于法律，只有各国有的目的地支持相关行为转化为法律之后，这种实践才可能成为法律。^④另外，《结论草案》关于结论3的评注提及，“在涉及禁止性规则时，有时可能难以找到很多肯定性的国家实践；涉及此类规则的案件更有可能取决于评价不作为的实践是否被接受为法律”。^⑤国家行为的动机和内容有时具有很大的模糊性，评价法律确信是确定行为是否基于一种法律义务感，从而区分国家行为中有助于习惯国际法形成的事实与对习惯国际法形成没有作用的事实的重要方法。^⑥

（二）国际法院依据国家提起的 CLCS 划界案推断“法律确信”存在的缺陷

对于法院依据国家提起的 CLCS 划界案认定“法律确信”的做法，斯科特尼科夫、鲁宾逊等法官在其反对意见中均进行了批评。他们认为，法院从39个相关国家“自我限制”的实践中简单推断出存在法律确信的结论并不可靠，因为这些实践的动机可能源自法律义务感之外的其他因素。^⑦斯科特尼科夫法官还援引法院1986年“军事与准军事活动案”的判决强调，“法院无权将各国自己并未提出的法律观点归于它们”。^⑧其实，早在1927年“荷花号案”中，常设国际法院就已经关注到国家行为与法律确信之间存在相互分离的情况。在该案中，法国提出针对公海上船舶碰撞案件的起诉只发生于船旗国，这一事实反映出其他国家的默示同意。常设国际法院没有支持法国的主张，而是认为这些事实仅表明各国在实践中经常放弃提起刑事诉讼，但这并不能表明这些国家认为自己有义务这样做，只有当这种放弃是基于意识到有义务而作出时，才有可能涉及到一项国际惯例。^⑨在此，常设国际法院意在表明，国家选择不提起诉讼可能有多种理由，诚

① See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 138.

② See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 140.

③ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, pp. 140 - 141.

④ See Sienho Yee, “The News That *Opinio Juris* Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law Is Greatly Exaggerated”, (2000) 43 *German Yearbook of International Law* 227, pp. 237 - 238.

⑤ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 128.

⑥ See Maurice H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law* (Brill, 1999), pp. 271 - 273; Katie A. Johnston, “The Nature and Context of Rules and the Identification of Customary International Law”, (2021) 32 *European Journal of International Law* 1167, p. 1175.

⑦ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Skotnikov, p. 3, para. 16; Dissenting Opinion of Judge Robinson, p. 3, para. 9.

⑧ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Skotnikov, p. 3, para. 16.

⑨ See *Lotus*, Judgment No. 9, 1927, P. C. I. J., Series A, No. 10, p. 28.

然，一种可能是认为习惯国际法禁止自身这么做，但它们也可能是出于其他考虑，因此，不得将这些事实作为识别习惯国际法的可靠依据。

类似地，在该案中，对于相关国家在 CLCS 划界案中所体现出的“自我限制”倾向，仅从公开可获取的初步信息或划界案执行摘要中并不能明辩各国行为背后的动机。^① 而且，即便是那些反对其他国家主张 200 海里外大陆架延伸至他国 200 海里以内的国家，其反对意见也难以直接印证法院的结论。正如有学者指出的，有些邻国针对他国外大陆架主张的反对意见，作为一种回应形式而非本国自身的外大陆架权利主张，在支撑法院这项习惯法结论上的作用并不明确。^② 例如，作为受中国、韩国划界案影响的相关国家，日本对两国提交的部分划界案均表明了反对立场。在其向 CLCS 提交的照会中，日本主张 CLCS 不应审议两国划界案的原因是日本与中国/韩国在划界案所涉海域的相对距离小于 400 海里，两国应依据《公约》第 83 条的规定通过协商来划定该海域的大陆架界限，而不能单方面确定大陆架外部界限。^③ 此处，日本在强调相对距离小于 400 海里客观事实的同时并未明确表明其主张的依据是一项习惯国际法规则。与此相反，韩国则以清晰的法律立场回应了日本的反对意见，它认为《公约》确立的距离标准和地形地貌标准这两种大陆架权利依据并不存在优先级，日本不能依据基于距离标准的大陆架权利否定韩国基于地形地貌标准的大陆架权利。^④ 总之，虽然不能排除部分实践可证实法院所称的法律确信，但同样存在其他可以合理地解释相关国家行为的动因。换言之，在各国涉划界案行为背后的动机具有较大不确定性的情况下，法院在评价法律确信时仍赋予它们决定性的证明价值，这显然不符合惯常做法。

第一，国家可能是出于避免触发 CLCS《议事规则》的相关条款、影响大陆架界限划定进程的考虑，选择在划界案中进行“自我限制”。根据 CLCS《议事规则》第 46 条和附件一第 5 条 (a) 款，对于存在海岸相向或相邻国家间的争端或其他未解决的陆地或海洋争端的情况下提出的划界案，除非争议各方同意，委员会不得进行审议。^⑤ 上述规定为其他国家提供了阻止 CLCS 审议有争议的划界案的权利，而这项“否决权”直接影响 CLCS 对沿海国大陆架划界案的审议。^⑥

① 参见高健军：《外大陆架权利的新制约——国际法院“尼加拉瓜外大陆架案”批判》，载《国际法研究》2024年第2期，第16页。

② See Holly Leung, “The Extended Continental Shelf in Nicaragua v Colombia: Identifying a Customary Rule Based on CLCS Submissions?”, (2024) 55 *Ocean Development & International Law* 206, p. 214.

③ See “Communications with regard to the submission made by the Republic of Korea to the Commission on the Limits of the Continental Shelf”, Japan, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/kor65_12/jpn_re_kor_11_01_2013.pdf; “Communications with regard to the submission made by China to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Japan, UN official website”, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/chn63_12/jpn_re_chn_28_12_2012.pdf.

④ See “Communications with regard to the submission made by the Republic of Korea to the Commission on the Limits of the Continental Shelf”, Republic of Korea, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/kor65_12/kor_re_jpn_23_01_2013.pdf.

⑤ See *Rules of Procedure of the Commission on the Limits of the Continental Shelf*, CLCS/40/Rev.1, 17 April 2008, pp. 17, 22. 《议事规则》第 46 条规定：“如果存在相向或相邻国家间的大陆架划界争端，或其他未解决的陆地或海洋争端，可以依照本议事规则附件一的规定提出划界案，提出的划界案应依照该附件规定进行审议。”《议事规则》附件一第 5 条 (a) 款规定：“如果已存在陆地或海洋争端，委员会不应审议和认定争端任一当事国提出的划界案。但在争端所有当事国事前表示同意的情况下，委员会可以审议争端区域内的一项或多项划界案。”

⑥ See Signe Veierud Busch, *Establishing Continental Shelf Limits beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: A Right of Involvement for Other States?* (Leiden, Brill Nijhoff, 2016), pp. 99 – 102, 107 – 112; Oystein Jensen (ed.), *The Commission on the Limits of the Continental Shelf: Law and Legitimacy* (Leiden, Brill, 2014), pp. 65 – 66.

可以合理预见,若一国提交的划界案中将200海里外大陆架延伸至相关国家200海里内,这极易引起相关国家的反对,进而导致CLCS决定推迟审议,影响该国大陆架外部界限的最终确定,沿海国完全可能出于这种考虑而选择自我限制。^①事实上,沿海国采取联合划界案、^②部分划界案或对其划界案进行修订以规避划界案被长期“冻结”的情况并不罕见。以特立尼达和多巴哥的实践为例,在2006年“巴巴多斯/特立尼达和多巴哥仲裁案”中,特立尼达和多巴哥明确主张其200海里外大陆架的权利可以延伸至巴巴多斯200海里以内,^③但该国在2009年向CLCS提交的划界案中却采取了“自我限制”的做法。特立尼达和多巴哥在执行摘要中表示,鉴于无法获得巴巴多斯如其他邻国作出的不反对CLCS审议其大陆架划界案的类似承诺,本划界案“不依赖于巴巴多斯海岸线200海里范围内海洋空间的利用情况”。^④由此可见,特立尼达和多巴哥的动机是为了在提交大陆架划界案时存在一种“无争议状态”(absence of dispute)。

第二,国家在CLCS划界案中选择“自我限制”可能是由于事先已存在相关的划界条约或协定,是依照约定必须信守原则或善意原则行事的结果。关于这一点,国际法委员会特别提及,如果国家遵守一项义务是出于条约义务,就识别习惯国际法目的而言不能将这种做法视为法律确信,不可将该国基于此意图采用的惯例本身作为推断一项习惯国际法规则存在的依据。^⑤对此,薛捍勤法官在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”的个人意见中提到,在CLCS划界案中采取“自我限制”做法的国家中,有近三分之一已与邻国缔结了关于200海里内海洋划界的双边协定。^⑥这一情况对一些国家的做法产生了直接的影响。例如,俄罗斯2001年向CLCS提交大陆架划界案,对照其中的“北冰洋200海里外俄罗斯大陆架区域示意图”与挪威2006年划界案中“巴伦支海环洞(Loop Hole)200海里外大陆架示意图”可以看出,俄罗斯主张的200海里外大陆架部分区域延伸至挪威200海里以内。^⑦2010年,俄罗斯与挪威缔结了《俄罗斯联邦与挪威王国关于巴伦支海和北冰洋海洋划界与合作的条约》,确定了挪威大陆架外部界限最东段与俄罗斯大陆架外部界限最西端的界限。^⑧在这种情况下,俄罗斯2015年提交的修订划界案不再包括该国2001年划界

① 有学者总结了沿海国经常采取的几种方式:提交划界案的国家有意避免触及相关国家200海里界限,提交划界案的国家将其主张的大陆架外部界限的端点确定在相关国家200海里界限上,利用其他国家200海里界限来限制其200海里外大陆架主张区域。See Xuexia Liao, “Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation?”, (2018) 33 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 79, pp. 95 – 96.

② See Xuexia Liao, *The Continental Shelf Delimitation Beyond 200 Nautical Miles: Towards A Common Approach to Maritime Boundary-Making* (Cambridge University Press, 2021), pp. 107 – 108.

③ See *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, Award, 11 April 2006, pp. 53 – 55, 109, paras. 174 – 178, 367.

④ “Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea”, Republic of Trinidad and Tobago, Executive Summary, pp. 17 – 18, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/tto49_09/tto2009executive_summary.pdf.

⑤ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 139.

⑥ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Separate Opinion of Judge Xue, p. 16, para. 40.

⑦ “Submission made by the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf”, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/rus01/RUS_CLCS_01_2001_LOS_2.jpg; “Submission made by the Kingdom of Norway to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary”, p. 13, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/nor_2006_f.pdf.

⑧ “Partial Revised Submission of the Russian Federation to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, Executive Summary”, pp. 22 – 23, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/rus01_rev15/2015_08_03_Exec_Summary_English.pdf.

案中涉及的延伸至挪威 200 海里以内的部分。此外，帕劳在 2009 年向 CLCS 提交的划界案中存在“自我限制”的行为。对此，帕劳明确提到，这一划界案涉及的外大陆架区域受到与相邻或相对沿海国之间尚未完成的划界议程的影响。^① 2006 年，帕劳与密克罗尼西亚联邦缔结《密克罗尼西亚联邦和帕劳共和国关于海洋边界和有关事项合作的条约》，划定了两国专属经济区的边界。该条约第 2 条第 3 款明文规定，条约不损害缔约方扩展本国大陆架的权利主张，但缔约双方均不得将其扩展大陆架主张侵入另一方的专属经济区内。^② 在这种情况下，一种较为合理的解释是，如果帕劳认为存在一项习惯国际法要求一国 200 海里外大陆架不能延伸至另一国 200 海里以内，该条约规定这一条款显然是多余的。考虑到双方在帕劳提交划界案之前缔约，可以推断帕劳的自我限制做法是遵循约定必须信守原则的结果。

第三，国家可能依据公平解决海洋划界争端的基本原则主动采取“自我限制”。查尔斯沃思法官在其反对意见中阐明了对国家行为作出这种解释的合理性。^③ 《公约》第 74 条、第 83 条规定了相邻或相向沿海国专属经济区和大陆架划界的公平解决原则，法院在依循该原则处理海洋划界争端过程中逐渐形成了一套确保划界过程具有相对可预测性的“三阶段划界方法”。^④ 按照该划界方法，在两个沿海国相对距离大于 400 海里的情况下，基于两国海岸适当的点划定临时等距离线或中间线必然导致双方至少享有 200 海里大陆架。当然，该方法的缺陷之一在于，可能出现依据该方法划定的临时等距离或中间线并不位于两国主张的大陆架权利重叠区域以内的情形。^⑤ 那么，如果采取其他划界方法，例如，基于双方主张的大陆架外部界限来确定临时等距离线或中间线，的确可能出现一国大陆架范围小于 200 海里的情况，但这将可能构成“相关情况”的一种情形，^⑥ 从而使得该国有理由主张将临时等距线调整至其 200 海里界限。换言之，无论如何，在两个沿海国相对距离大于 400 海里时，各国至少能在国际司法程序中保有 200 海里的大陆架权利。当法律上能够主张延伸至他国 200 海里内的宽大陆架国家意识到国际司法机构依据公平解决原则很难支持其主张时，“自我限制”可能不失为一种避免外交和法律纷争的务实做法。

第四，国家在 CLCS 划界案中选择“自我限制”还可能是出自互惠或政治考量。法院在过往案件中也曾注意到这种非法律因素。例如，在 1960 年“印度领土通行权案”中，为确定葡萄牙的武装部队和警察等是否享有一项基于习惯国际法的自由通行权利，法院指出，在 1878 年之前的英国统治时期，英国和葡萄牙属地之间武装部队和警察的通行是基于互惠进行管理的，不能将

① “Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, pursuant to Article 76, paragraph 8 of the United Nations on the Law of the Sea”, The Republic of Palau, Executive Summary, p. 8, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/plw41_09/plw2009executivesummary.pdf.

② “Treaty between the Federated States of Micronesia and the Republic of Palau Concerning Maritime Boundaries and Cooperation on Related Matters (with annex and map)”, United Nations Treaty Collection official website, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54767/Part/I-54767-08000002804c7001.pdf>.

③ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Charlesworth, pp. 10 – 12, paras. 31 – 34.

④ See *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment, I. C. J. Reports 2021, pp. 250 – 251, paras. 119 – 125; *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment, I. C. J. Reports 2009, pp. 101 – 103, paras. 115 – 122.

⑤ See H. J. Woker, “Challenging the Notion of a ‘Single Continental Shelf’”, (2023) 54 *Ocean Development & International Law* 375, pp. 388 – 389.

⑥ 法院在 1985 年“利比亚/马耳他大陆架案”判决中提到，由于一国对其大陆架享有的权利也包括对其可能宣布的任何专属经济区的海床和底土享有的权利，在划定一国大陆架界限时应考虑的相关情况之一是该国专属经济区在法律上可允许的范围。See *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, I. C. J. Reports 1985, p. 33, para. 33.

其视为一种权利的行使。^①类似地,在2023年“毛里求斯/马尔代夫印度洋海洋边界划界争端案”中,马尔代夫主张其200海里外大陆架可以延伸至毛里求斯200海里以内。^②对此,毛里求斯持反对立场,但该国的主张并非基于它认为存在一项习惯国际法规则,而是基于马尔代夫在两国2010年海洋边界进行谈判中作出的相关承诺。^③毛里求斯甚至主张,“如果马尔代夫有权主张毛里求斯基线200海里内的外大陆架,毛里求斯也可以相应地主张其外大陆架延伸至马尔代夫200海里内。”^④可见,毛里求斯是基于一种互惠的考虑来认识本国在200海里外大陆架问题上的“自我限制”行为。值得一提的是,毛里求斯的观点在一定程度上反驳了岩泽雄司法官(Judge Iwasawa)在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决个人意见中提出的论断:“当国家认为自己享有权利时通常不会自我限制。如果一个问题受国际法规制,而国家以一种不符合其自身利益的方式而不采取某些行为,则可以推定这种不采取行动是出于一种法律上的义务感。”^⑤

总之,国家在CLCS划界案中选择“自我限制”的动因具有多样性和不确定性,包括担心受CLCS划界程序的限制、依循条约的拘束、受国际法庭海洋划界的一般方法等因素的影响,以及基于推迟外交争端或互惠等非法律因素的考虑等。^⑥这也正是鲁滨逊法官在其反对意见中指出的,法院在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中关于法律确信的推断很容易被法律义务感之外的其他明确的可能性推翻。^⑦与法院在“北海大陆架案”、1996年“威胁使用或使用核武器的合法性”咨询意见案等案件中对于法律确信的审慎立场不同,^⑧法院在该案中并未依据确凿的证据来认定法律确信,反而从动因存在极大不确定性的部分国家实践中直接推导出法律确信。值得注意的是,法院在判决第77段中援引“缅因湾划界案”判决时,略去了所引判决原文的后半句:“不能通过对先入为主的观念进行演绎而得出习惯法规则在各国法律确信中的存在。”^⑨从判决第77段来看,法院在识别法律确信上明显是“先入为主”的。

五 结论

国际法院在“尼加拉瓜诉哥伦比亚案”2023年判决中裁定,依据习惯国际法,一国对自测

① See *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment, I. C. J. Reports 1960, pp. 38 – 39.

② See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius v. Maldives)*, ITLOS, Judgment, 28 April 2023, p. 100, para. 267.

③ See *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius v. Maldives)*, ITLOS, Judgment, 28 April 2023, p. 100, para. 260.

④ *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius v. Maldives)*, ITLOS, Judgment, 28 April 2023, p. 100, para. 264.

⑤ *Nicaragua v. Colombia Case*, Separate Opinion of Judge Iwasawa, p. 3, para. 12.

⑥ See Xuexia Liao, “Is There a Hierarchical Relationship between Natural Prolongation and Distance in the Continental Shelf Delimitation?”, (2018) 33 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 79, pp. 103 – 104; *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Tomka, p. 16, para. 53.

⑦ See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Robinson, p. 4, para. 10.

⑧ See *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I. C. J. Reports 1969, pp. 43 – 44, paras. 76 – 77; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, pp. 253 – 254, paras. 63 – 67.

⑨ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 1984, p. 299, para. 111.

算其领海宽度的基线量起 200 海里以外大陆架的权利不能延伸至从另一国基线量起 200 海里以内。在该习惯国际法规则的识别上，法院虽然表面上提及需要分别确定一般惯例和法律确信这两项习惯国际法的构成要素，但它却并未实际适用“两要素法”，可谓是“言行不一”。在一般惯例的认定上，法院主要依据的是 39 个国家向 CLCS 提交的部分划界案及部分非《公约》缔约方的实践，忽略了众多国家，尤其是利益受到特别影响国家的相反和不一致的实践，在评价和认定国家实践具有足够广泛性、代表性和一致性上存在证据不牢靠、回避核心争议、说理不充分等瑕疵，可谓是“自说自话”。在法律确信的认定上，法院没有依据确凿的证据来单独作出评价，而是从可能具有法律义务感之外多种动因的国家实践中推导出法律确信，可谓是“先入为主”。总之，法院的做法既未依循《结论草案》中的相关结论及其反映的关于识别习惯国际法的一般规则、基本方法、证据材料、判断标准和评价方法，也与法院在过往一些案件中更为审慎的做法有明显出入。

那么，国际法院在该案中识别习惯国际法的上述做法是否开启了习惯国际法识别的新篇章？事实上，在之前的一些案件中，特别是在国际环境法、国际人道法、国际刑法等国际法领域，法院同样存在未严格依循“两要素法”而较为随意地识别、甚至直接声称存在一项习惯国际法的情况。^① 正如有学者指出的，这并非法院第一次受习惯国际法识别方法论不确定的影响，得出令国际社会惊讶的结论。^② 因此，该案或许只能被视为法院在识别习惯国际法上的又一“争议之作”。然而，考虑到该案所涉习惯国际法规则可能产生广泛和深远影响，特别是法院近乎直接声称习惯国际法的做法对国际法的整体性、统一性和权威性的影响，我们完全有必要对法院的做法提出批评。

国际法院得出的结论对《公约》和海洋法上的大陆架制度显然会产生直接影响。首先，从法院的结论可以推导出，沿海国单一大陆架的权利依据在 200 海里之内和之外是不同的，200 海里内是基于距离标准，200 海里外则是基于自然延伸标准，且在 200 海里之内，距离标准具有优于自然延伸/地理标准的地位。^③ 其次，法院的结论意味着一国 200 海里内大陆架权利可以否定另一国 200 海里外大陆架权利，沿海国 200 海里外大陆架权利基础较之 200 海里内大陆架权利基础更为脆弱，而且，法院结论似乎还暗示只有 200 海里以内的大陆架权利才是真正意义上的“固有”权利，这对海洋法上的“单一大陆架”（Single Continental Shelf）概念构成直接挑战。^④ 最后，法院的结论将给沿海国对 200 海里外大陆架的权利主张在《公约》第 76 条第 5 款中规定的

① 参见 Anthea Elizabeth Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, (2001) 95 *American Journal of International Law* 757, pp. 764 – 766; Robert Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, (2003) 50 *Netherlands International Law Review* 119, pp. 124 – 125; Roozbeh (Rudy) B. Baker, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, (2010) 21 *European Journal of International Law* 173, p. 184; 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 72—73 页。

② See Vito De Lucia, “On the Question of *opinio juris* in Nicaragua vs. Colombia (Judgement 13 July 2023)”, pp. 4 – 5, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/on-the-question-of-opinio-juris-in-nicaragua-vs-colombia-judgement-13-july-2023>.

③ See Malcolm D. Evans, Nicholas A. Ioannides, “A Commentary on the 2023 Nicaragua v. Colombia Case”, p. 2, EJIL: Talk! official website, <https://www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-2023-nicaragua-v-colombia-case/>.

④ See H. J. Woker, “Challenging the Notion of a ‘Single Continental Shelf’”, (2023) 54 *Ocean Development & International Law* 375, pp. 381 – 382.

两条“限制线”之外增设“第三条限制线”。“第三条限制线”意味着一些沿海国在确定其200海里外大陆架范围时还必须额外考虑邻近沿海国200海里大陆架界限，沿海国的扩展大陆架权利主张不能“逾越”这一《公约》中并不存在的限制线。而且，有学者还敏锐地指出，根据《公约》规定，沿海国可自主选择两条“限制线”中对自身更有利的限制线，较之于此，这“第三条限制线”却无任何选择余地，比原有两条“限制线”显得更为突出。^①特别是，在两国海岸相对距离小于400海里的情况下，海岸相向的国家将无法主张200海里外扩展大陆架的法定权利。^②可以说，法院关于习惯法规则的结论实质上重写了《公约》第76条的现有条文，属于造法行为，而这一过程完全没有各缔约方的直接参与，却可能深刻影响全球范围内众多沿海国大陆架外部界限的确定、划界及相关海洋权利争端的解决。

最后，从中国的角度来看，法院认定的是一项习惯国际法规则，无疑会对中国在相关海域的权利主张以及与相关邻国海洋划界争端的解决产生影响。目前，中国在黄海、东海、南海等海域均未划定本国大陆架的外部界限。其中，中国2012年向CLCS提交了关于东海部分海域200海里外大陆架的划界案，但该划界案尚未得到审议。^③中国在中日东海大陆架划界问题上一贯坚持自然延伸原则，而日方则声称适用等距离法。^④法院的结论不仅在一定程度上限制中国依据《公约》第76条规定主张200海里外大陆架权利，还因确立了200海里内距离标准优先而影响中方的划界主张。对此，作为受该习惯国际法规则影响的沿海国，中国可根据习惯国际法上的“一贯反对者”规则，参照《结论草案》结论15提出的严格条件，对法院结论持续明确公开地表示反对，并在今后各有关场合始终坚持这一反对立场。^⑤另一方面，在处理大陆架划界争议时，中国可依据《公约》第83条关于大陆架划界的规定，始终坚持与有关海上邻国通过直接谈判来寻求公平解决。

The 2023 Judgment of *Nicaragua v. Colombia*: A Critique of the ICJ's Identification of Customary International Law

Kong Lingjie and Chen Long

Abstract: In the Judgment of the *Nicaragua v. Colombia Case* delivered in 2023, the International Court of Justice concluded that, “under customary international law, a State's entitlement to a continental shelf

① See Hilde Woker, “A New Constraint to the Entitlement of a Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles? – Implications of the Recent Case Law”, (2024) *The International Journal of Marine and Coastal Law* 1, p. 18.

② See *Nicaragua v. Colombia Case*, Dissenting Opinion of Judge Robinson, p. 1, para. 2.

③ “Submission by the People's Republic of China Concerning the Outer Limit of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles in Part of the East China Sea, Executive Summary”, pp. 6 – 7, UN official website, https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/chn63_12/executive%20summary_EN.pdf.

④ See Suk Kyoong Kim, “Understanding Maritime Disputes in Northeast Asia: Issues and Nature”, (2008) 23 *The International Journal of Marine and Coastal Law* 213, p. 223; Gao Jianjun, “The Okinawa Trough Issue in the Continental Shelf Delimitation Disputes within the East China Sea”, (2010) 9 *Chinese Journal of International Law* 143, p. 146; Fayokemi Olorundami, “Revisiting the Libya/Malta Decision and Assessing Its Relevance (or otherwise) to the East China Sea Dispute”, (2016) 15 *Chinese Journal of International Law* 717, pp. 720 – 724.

⑤ See *ILC Draft Conclusions*, 2018, p. 152.

beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured may not extend within 200 nautical miles from the baselines of another State.” General practice and *opinio juris* are the constituent elements of a rule of customary law, and the “two-element approach”, which is recognised as the basic method of identifying customary law, requires that the existence of both elements be assessed and determined separately. With regard to the identification of this customary rule, while nominally stating that it would apply the “two-element approach”, the Court did not really apply this approach in substance. In the determination of general practice, the Court relied primarily on the practice of the States concerned in their submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, disregarding other types of State practice and widespread contrary State practice. The relevant State practice relied upon by the Court to identify the existence of a general practice is not sufficiently widespread, representative, or consistent. In the determination of *opinio juris*, instead of relying on directly relevant corroborating evidence, the Court deduced *opinio juris* from State practices whose motives are highly uncertain. The Court simply asserts the existence of a customary rule, which goes against the widely accepted approach and criteria, and deviates substantially from its own jurisprudence in respect of the identification of customary rules. The customary rule asserted by the Court is in essence a rewriting of the relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea and may profoundly affect the determination of the outer limits of the continental shelf, maritime delimitation and the settlement of disputes concerning maritime rights of many coastal States on a global scale. The Court’s approach is a law-making exercise and its conclusion is to be objected by China and many other coastal States whose lawful rights and interests are at stake.

Keywords: *Nicaragua v. Colombia Case*, International Court of Justice, United Nations Convention on the Law of the Sea, Extended Continental Shelf, Customary International Law, Two-Element Approach

(责任编辑: 王惠茹)