

论习惯国际人权法的重要性

孙世彦

(吉林大学法学院讲师、法学博士。长春,130012)

一、问题的提出

如果以一九四五年的《联合国宪章》和一九四八年的《世界人权宣言》作为国际人权法正式诞生的标记,国际人权法已经存在了半个多世纪并且被众多的国际法学者认为是国际法的一个独立分支。

和所有的法律部门及体系一样,国际人权法的核心必然是它所规定和调整的权利义务关系。随之产生的若干问题是:这些权利义务从何而来?它们肯定体现于某些规则、原则和制度,或作为其总和的规范。但这些规范是什么?从何而来?在哪里能够发现它们?而“确定规范的方法不能和国际法的渊源截然分开。不了解那些实际有效的规则是如何存在的或怎样创造出来的,就不可能确定这些规范。”这即提出了国际人权法的渊源问题。这一问题对认识国际人权法具有首要的重要性。对此,德国学者希玛和澳大利亚学者阿尔斯顿指出,“国际人权法的渊源问题是极为重大的。随着国际人权法努力扩展其境域和范围,并且随着它们的潜在网络变得越来越大,确保有关规范牢固地植根于国际法中的必要具有不断增长的重要性。”这是因为,只有确定了国际人权法的渊源,才能进一步知道国际人权法规定和调整哪些权利义务关系,这些权利和义务体现于哪些规范,这些规范应被如何实施和执行,以及遵守和违反这些规范的法律效果如何,等等。

在国际法发展的任何阶段和任何领域中,确定有关规范的渊源都是一个问题的,但是,这一问题在二战结束以后变得更为复杂和困难,充满了大量的理论争议。现在有关国际法渊源的问题正如英国国际法学家詹宁斯所说:“我怀疑是否会有任何人不同意这样的见解,即从来没有一个时代会象现在一样对国际法之实效性的检验——或渊源——有如此之多的困惑和怀疑。”这是因为,除了国际关系在战后的剧烈变化给整个国际法带来的巨大影响外,而且,按荷兰国际法学者范·霍夫指出的,在较新的国际法领域中,渊源这一问题的重要性和复杂性尤为明显。在这些领域中,尤其能感受到目前国际法渊源学说的不确定性和模糊性。国际人权法正是这样一个国际法的新领域。范·霍夫本人就是在学习和研究国际人权法时第一次遇到了渊源的问题。他发现,在国际人权法这一相对年轻的国际法领域中,渊源的问题会经常被提出来以确定某一文件的精确法律地位。再比如,英国国际法学家希金斯为了说明国际法渊源问题的复杂性和困难性,所举的三个例子——种族歧视、种族灭绝和酷刑——全部都有关人权。这一切都说明了研究国际人权法之渊源的必要性和复杂性。因此,国际人权法的渊源,应该是在有关作为一个法律部门和体系之国际人权法的所有研究中,应予解决的首要 and 先决性的问题。这样的研究对于认识国际人权法有非常重要的意义。

公认地,现当代国际法的两大主要渊源是条约和习惯。其中,和习惯相比,条约作为

国际法的渊源具有若干优点。首先,条约是国家明示同意的规范彼此之间权利义务关系的行为规则,因此其内容精确,不易产生歧义,并对国家有直接的拘束力;其次,在国际交往日益频繁的当今时代,条约较易制订和变动,因此是一种更为灵活和方便的“造法”方式。条约作为国际法的主要渊源之一,其地位在历史上曾次于另一主要渊源习惯。但到了二十世纪,特别是二次大战以后,随着国家越来越多以条约作为调整 and 规定彼此之间权利义务关系的方式并导致其数量的急剧增加,条约现在被认为是甚至要比习惯更为重要的国际法渊源。

和国际法的其它领域一样,条约在国际人权法中也是最主要和最重要的渊源。自《联合国宪章》和《世界人权宣言》以后,国际社会通过了大量的国际人权条约——既包括普遍性的也包括区域性的,其中的大部分已经生效,并构成了相对完备的国际人权条约体系和国际人权法律体系的核心。这些条约涵盖了绝大部分被人们提出的人权(只有极少数的例外,其中最突出者为除自决权以外的其它“第三代人权”),是在国际层次上直接而清楚地确立国家在人权方面之权利与义务的最主要法律依据,也是对人权进行国际保护的最基本和最有效方式。^⑩条约,从其作为国际人权法渊源的角度来讲,是很少引起争论和疑义的。

条约作为国际人权法最重要的渊源,主要是因为第二次世界大战之后,对人权进行国际保护显示出极端必要性时,在这方面既存的条约或习惯法规则极少,因此,国际人权体系的创建者在规划这一体系时,“他们欲使国际人权法主要是,可能甚至专门地是,协议法。”^⑪美国国际法学家亨金也称:“(国际)人权法大部分是由条约建立的——《联合国宪章》以及

国际人权公约和盟约,而没有任何习惯的基础或背景。”^⑫一九七七年,国际法委员会断言国际人权法几乎完全是协议法性质:

并非盲目地不考虑在此问题上一些习惯国际规则的存在,也并非排除这样的规则数量增长的可能性——甚至是极大可能性,但我们必须总结说,在今天,国家在对待其本国公民之方面的国际义务几乎完全是协议性质的……^⑬

这种论断有一定道理,但并非全然正确。诚然,在国际人权法正式产生以前,在国际法中就存在着一些有关人权的内容。其中主要包括禁止奴隶制和奴隶贸易、外国人待遇之最低标准、保护少数民族、人道主义干涉、人道主义性质的战争法规则,以及国际劳工组织的实践等。^⑭在这些领域中,除了条约以外,还存在一定数量的习惯法规则。但不可否认的是,这些事例涉及了许多非人权和非法律的因素;而且,它们和二战后获得国际法律地位的人权在主体(权利享有者和义务承担者)和权利义务关系上都存在着很大的差别。因此,和战后的其它国际条约有所不同,国际人权条约极少有既存习惯法规则可资编纂或发展,因而也几乎不提到有关习惯之存在。国际人权法在很大程度上是一个在二战后才被“创造”出来的国际法律部门。美国学者梅龙因而指出:“鉴于国际人权作为国际共同体之实在法相对晚近地诞生的事实,联合国人权立法之早期阶段公布的条约自然极少清楚地表达人权习惯规范之存在。…相反,大部分人权文书声明的基本上是新的或协议性规范。”^⑮

然而,是否可以就此说条约是国际人权法的唯一渊源?特别是在考虑到国际人权法

已有半个多世纪发展历史的情况下?许多学者对此表示了疑义。比如,梅龙认为国际法委员会的上述论断在当时就已过分,而且越来越不符合实际。他说:“通过国家特别是非缔约国对人权文书所声明之规范的接受,人权条约生成了国际法的新的习惯规则。所通过的新的国际人权文书已经包括了某些习惯规则。”^⑩墨西哥总检察长认为在人权的国际化进程中,“习惯国际法曾经并将继续具有极大重要性。”^⑪两位中国学者在谈到保护人权之普遍国际义务时则认为,国家作为国际组织的成员,必须依照该组织的章程承担保护人权的义务,除此之外,“国际社会的所有成员都要承担由国际人权宣言、原则、规章、规则等组成的国际人权习惯法所确认的保护人权的义务。国际习惯法是国家自愿同意的行为规范,它们对所有国家都有约束力。”^⑫从国际法律实践来看,联合国国际法院在数起案件的判决或咨询意见中——尽管非直接地——论及了习惯国际人权法的问题,尤其是《世界人权宣言》的效力问题。可以通过习惯国际法对国家施加人权义务的原则是在对《灭种罪公约》之保留的咨询意见中确立的,国际法院称:“作为该公约之基础的原则是被文明国家认为约束所有国家,即使不存在任何协议义务,的原则。”^⑬在这段意见中,并没有出现“习惯”的字眼;而且使用的是“原则”而非“规则”一词,但是,这里的“原则”,从其上下文理解,并非《国际法院规约》第38条第1款(寅)项所称的“一般法律原则”。因此,其中提到的并非基于条约但仍对国家有约束力的义务只能理解为是来自习惯国际法的义务而非其它。这等于是承认了习惯国际人权法规则的存在或可能存在。在“巴塞罗纳案”中,国际法院声称一个国家对国际共同体作为一个整体负有某些义务,而“在当代国际法中,这类义务来源于,例如,宣布侵略和种族灭绝行为为非法,也来源于关涉人之基本权利,包括受保护以免受奴役和种族歧视,的原则和规则。对某些相应权利的保护已经进入了一般国际法的整体;其它的则由具有普遍或准普遍性的国际文书所赋予。”^⑭根据这一段判决,可以看出国际法院明确承认不依赖任何条约形式的习惯国际人权法规则的存在,因为其中的“一般国际法”如果不是仅指习惯国际法(其时国际人权两公约尚未生效)也肯定是包括它在内。在“西撒哈拉案”和“纳米比亚案”中,国际法院确认自决原则为一项国际法规范。^⑮由于这两个案件都在规定自决权的联合国人权两公约生效之前,而且《联合国宪章》也只是原则性地提到了自决原则(《宪章》第1条第2款),因而此时自决原则只能是习惯国际法规范。特别是在“纳米比亚案”中,国际法院认为“人民的独立和自决”极大地丰富了“万民法的整体(*corpus iuris gentium*)”,并进而指出通过国家和联合国的实践,自决原则已经进入了习惯国际法。^⑯在“尼加拉瓜案”中,国际法院认为美国违反了以下对之有约束力的习惯国际法规则:不得使用武力,不分种族、肤色、宗教、性别、出生、贫富或其它标准而给予人道待遇,禁止侵犯未参与敌对行动之人的生命,禁止对拘为人质之人施以羞辱性或有人格之待遇,任意监禁和处决等。^⑰因此,就目前习惯作为国际人权法之渊源的地位来讲,情况正如希玛和阿尔斯顿所指出的:“似乎绝大部分的作者现在采取的观点是,国家负有的国际人权义务可以,以及实际上确实,来源于习惯国际法。”^⑱根据上述介绍,可以相当有把握地说,在当代国际法中,存在着某些有关人权的习惯国际法规则;即是说,和在国际法的其它领域一样,习惯也是国际人权法的重要渊源。

二、习惯国际人权法的重要性

然而,在数量众多的人权条约已经构成相对完备的国际人权条约体系,并能够较为充

分地调整国际人权法律领域中的权利义务关系的情况下,习惯作为国际人权法渊源的重要性和必要性何在?可以肯定,任何事物之存在都是有一定理由的。习惯之所以被认为的确是国际人权法的一项渊源,必然有其重要性和必要性,甚至可以说由于下述原因,习惯国际人权法具有相当的必然性。²⁵

一、国际人权条约规定着清楚的法律义务,许多条约还伴有一定的实施和执行机制,因而可以被认为是比习惯更为可靠和有利的渊源。但是,人权条约和其它国际条约一样,有一个突出的弱点:其适用范围是有限度的。根据《维也纳条约法公约》第34条“条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利”的规定,条约对非缔约国是没有拘束力的。就国际人权条约而言,尽管其缔约国的数目一直在稳步增长,但是,迄今为止没有任何一项人权条约得到所有国家的批准——即使国际人权两公约的缔约国也不过140余个;对有些条约,甚至连广泛的批准都谈不上。其结果是,国际人权条约只约束以正式程序批准或加入这些条约的缔约国,至于没有批准和加入的国家,则至今仍置身于有关国际人权条约的法律约束之外。而且,是否批准或加入某一条约是一个国家的主权权利之一,除了国际和国内舆论的压力之外,这一权利不受任何其它国家或实体的制约。从严格的实在法意义上来说,这种情形极有可能导致的一个逻辑结论是,一个国家完全可以选择不成为某一、若干或所有人权条约的缔约国,并因而不受所涉条约之任何条款的约束。换言之,在实践中,这些国家可以肆意施行奴隶制、种族灭绝、种族歧视或大规模的酷刑而不承担任何国际责任——因为它们在此方面不负有任何的条约义务。这对国际人权保护事业显然是极为不利的,而且也难以为人类的常识和良知所接受。当然,有许多学者提出,《联合国宪章》的有关条款为联合国会员国创设了尊重和遵守人权的法律义务,而目前世界上几乎所有的主权国家都是联合国会员国,因此,无论某一国家对人权条约的批准或加入情况如何,它都承担着人权方面的某些国际法律义务。²⁶然而,如果仅就《宪章》而非联合国成立以后在人权领域的活动和发展而言,这一点并不是确然无疑的。《宪章》的人权条款有许多缺陷,并不足以不经解释和推导就认定它为国家创设了人权方面的国际法律义务。²⁷

这恰好凸现出国际法领域中,除条约以外,另一渊源习惯的作用。希玛和阿尔斯顿因而指出,“在此领域中,为数众多之习惯法意义上对所有人义务的存在(或,让我们说,一般国际法下的义务),会减缓这一现象的消极影响。”²⁸更有人认为习惯国际法对国家的法律约束力甚至比条约还要强有力。“其原因在于习惯法的一般普遍性使一个或一组国家几乎不可能彻底否认一项约束其它国家的既存习惯。”²⁹而且,更为重要的是,条约和习惯的内容并不必然是互相排斥或脱节的;相反,同一项国际法规则,完全可能同时具有协议法和习惯法形式。对此,国际法院在“尼加拉瓜案”中称:

即使属于国际法之两个渊源的两个规范具有同一内容,且即使有关国家既在条约法也在习惯国际法的层次上受这些规则的约束,这些规范仍保持着相区别的地位。

.....

通过参考解释和实施之方式,也可以区分出在协议法和习惯国际法中(内容)同一的规则。

习惯国际法独立于国际条约法继续存在和适用,即使在两类法具有同一内容之处。³⁰

这清楚地说明,即使存在着具有同一内容的条约规则和习惯法规则,而且前者显然具

有许多优点,诸如更为精确或该条约规定有保障其实施和执行之机制等,但是此习惯法规则的存在并非没有必要,因为习惯国际法作为国际法的渊源具备条约所没有的一项突出优点,即它约束所有国家——也许“一贯反对”之国家除外³¹,包括并未批准或加入规定有相同内容的任何国际条约的国家。这种独立于条约义务之习惯法义务的存在,可以从《维也纳条约法公约》第43条的规定清楚地看出来:

条约因本公约或该条约规定适用结果而失效,终止或废止,由当事国退出,或停止施行之情形,绝不损害任何国家依国际法而毋须基于该条约所载任何义务之责任。

也就是说,根据该条的规定,如果一项条约因这样或那样的原因不再对一国有拘束力,并不等于该条约之所有条款所表述的规则都对该国失去效力——除非这些规则都系该条约所创并且不体现于国际法的任何其它规范渊源。如果其它仍对该国有效的条约规定有内容相同的条款,则该国仍受此规则的约束;另外,更重要的是,如采存在着独立于该项条约之外的,但其规范内容又与该条约条款之内容相同的习惯国际法规则,则该国同样地仍不免要受此规则的约束——尽管此时的约束力不再来自条约而是来自习惯国际法。《维也纳条约法公约》之上述第43条中所称的“国际法”指的恐怕就是或主要是习惯国际法。因此,为能使人权得到更为有效和广泛的国际保护,有关人权之习惯国际法存在极为必要。这一点在国际人权实践中具有重要意义。正如梅龙所指出的:“众所周知,国家和非政府组织援用人权和人道主义条约中性质为习惯法或一般(国际)法的条款来指控非缔约国对国际共同体之重要价值的过分侵犯。”³²

习惯国际人权法比之国际人权条约的另一个优点还在于,当一项被习惯法所承认的人权被侵犯时,所能求助的救济不仅限于条约所规定的救济——对于缔约国而言,还可以来源于一般国际法——对于所有国家而言。美国国际法学者夏赫特就认为人权被承认为习惯法的一个效果在于它“使得非缔约国和缔约国都可以求助于条约没有规定的国际法的救济。”³³另外一些美国国际法学家也明确指出:“一些国际人权协定的缔约国,针对违反协定的其它缔约国,除了有协定特别规定的救济以外,还有一般地存在的对一项国际协定之违反的救济。”³⁴圭亚那学者拉姆查兰在谈到处理对人权之侵犯的情况时认为:“一个以条约为基础的机关可能受到条约之规定的限制,但在国际习惯法之机制下运作的机关可能有更大的活动范围。”³⁵加以具体解释就是,诸如人权事务委员会等人权条约建立的机构只能在所涉条约规定的范围内,按其设定的方式监督该条约的实施和执行;而联合国人权委员会等“以《宪章》为基础的机构”则不仅可以依据人权条约,还可以依据习惯国际人权法采取行动对人权加以国际保护。

包括习惯人权规范在内的习惯国际法不同于条约的另一个特点是:在大部分情况下,一个国家可以通过撤回而不再受某一项条约的约束;或者,当一项条约失效时——尽管对国际人权条约而言这在实际上几乎不大可能,但在理论上是完全可能的,该条约规定的所有权利和义务即随之对所有缔约国归于无效;但就习惯国际法而言,除非产生有别于原有内容的新的习惯法规则,否则国家对规定有同样内容之条约的撤回或条约本身的灭失都不影响国家在习惯国际法下的权利和义务,简言之,即国家不得撤回它根据习惯国际法所承担的义务,除非已产生与所涉之习惯国际法规则内容相反的新的习惯国际法规则。

二、与条约相比,习惯规则的另一优点在于其效力不受保留的影响,而且还可能对遏制保留有所作用。从迄今为止的国际人权法律实践来看,即使是批准和加入国际人权条约的国家,也有很多在批准和加入时对所涉条约作了或多或少的保留,³⁶被保留的条款——在保留不违反有关条约的“目的及宗旨”并被其它缔约国所接受的情况下——因而不拘束作出保留的国家。习惯国际人权法——按其定义和性质对所有国家有约束力——的存在,或可有助于把这些国家纳入国际人权法之法律约束力的轨道之内。按梅龙所说:“对[人权]公约的保留不能影响缔约国依据反映习惯法之条款所承担的义务,国家所受此约束是独立于公约之外的。”³⁷也就是说,如果能够证成被提出保留的条款包含着为习惯国际法所承认的规则,则提出保留的国家仍不能免除该规则所施加的义务,尽管这只是习惯国际法的义务而非条约义务并因此在解释和实施方面与条约义务有所不同。这一点从上述《维也纳条约法公约》第43条的立法原则中也可以推论出来。再从另外一个角度来讲,习惯国际人权法的存在也可有助于减少对人权条约的保留,即对宣明或反映已存在之习惯法规范的条约规则的保留,可能不会被允许和接受。对保留不排除习惯国际法规则之适用这一点,国际法院在“北海大陆架案”中作了非常详细的说明:

一般来讲,对于纯粹是协议性质的规则和义务,作出单方保留的某些能力,(在)受一定限制(的情况下),可以被允许;——然而对于一般或习惯(国际)法规则和义务的情况则不能如此,按其本质,(这些规则和义务)对于国际共同体的所有成员必须具有同等效力,并因此不得受制于任何一国按其所愿可任意行使之单方排除的任何权利。由此,可望当一项公约的某些条款无论为何原因包括或旨在反映这一状况之规则或义务时,这些条款将从其它条款中凸现出来,对之,单方保留之权利未被授予,或被排除。³⁸

鲍威特支持国际法院的这一立场,认为国家不能以保留——对被允许保留之条款除外——为幌子来使其不同于习惯国际法的法律立场被接受。³⁹人权事务委员会则在其一般性意见中明确宣称不可以对《公民权利和政治权利国际公约》中具有习惯国际法地位的条款作出保留,并详细列举了《公约》规定的、获得这一地位的权利。⁴⁰尽管国际法院的判决除对争端当事国外别无拘束力,人权事务委员会的一般性意见也不具有对《公民和政治权利公约》缔约国的正式法律约束力,但如果它们的这些意见被国家广泛地采纳和遵行,就有可能促进对人权条约之保留的减少。这是因为,如果某一国家想要对之提出保留的条约条款所表达的内容与某一习惯国际法规则之内容一致,则即使该国能成功地对该条款作出保留——即为其它缔约国所接受(然而,在此种情形中,这一保留能否被接受是很值得怀疑的),该国仍不免要受此习惯国际法规则的约束;于是,这种保留就成为毫无必要的,因为它无法达到保留之根本目的,即“摒除或更改条约中若干规定对该国之适用时之法律效果”(《维也纳条约法公约》第2条第1款(丁)项),而只是使该国由同时受条约规则和习惯国际法规则约束转为仅受习惯规则之约束而已,且该国所负之国际法律义务的实质则几乎没有任何变化。此时,该国恐怕也就不会提出这种毫无意义的保留了。当然,这只是一种法理上的逻辑,在国际法律实践中,情况则要复杂得多。比如美国对许多被人权事务委员会称为具有习惯国际法地位的《公民和政治权利公约》条款作了保留,而且也没有被其它缔约国所广泛反对。再比如印度对联合国人权两公约规定自决权之共同第一条作了保留——而自决权被普遍地认为是一项具有习惯国际法地位的人权。但是,即使在

这种情况中,作出保留的国家也只是主张这些条款并没有成为习惯国际法规则而不是——毋宁说不敢——明目张胆地声称自己有权作此保留并且甚至不受此习惯国际法规则的约束。比如美国在对人权事务委员会之上述一般性意见作出的评论中,也只是称一般性意见的第八段“以一种完全是武断的方式宣称一些规定是习惯国际法,(但如实说来,并非如此。”它特别举出被人权事务委员会认为具有习惯国际法地位的两项规则,即禁止表达民族、种族或宗教仇恨(《公民和政治权利公约》第20条第2款——除美国外,还有许多国家对该款作出了保留)以及反对死刑特别是禁止判处未成年人死刑(第6条第1和第5款),美国认为国家的实践并未表明这两项规则已经确立为习惯国际法规则。^④也就是说,如果美国承认这两项规则的习惯国际法地位,美国就有可能不做出或撤回其保留。这说明,一项条约规则如被确认为同时具有习惯规则地位,对于遏制保留还是会有一定作用的。

三、习惯国际人权法的必要性还体现在它的国内效力优先性方面。在许多尽管不是所有国家的国内法律体系中,习惯国际法规则享有比对该国有约束力的条约更高的法律地位。这是因为,在这些国家中,条约并不一定是直接适用的,正如美国人权学者汉纳姆所指出,“仅仅这样一个事实,即一个国家在人权领域接受了一定的国际义务并不自动地意味着这些义务具有在该国之内的约束效力。许多国家在国际法和国内法的关系上持有的是一种二元论,由此非自执行的(non-self-executing)条约可能并不象国内法那样享有比《世界人权宣言》更高的地位。”^④但习惯国际法规则却有可能被认为是该国法律的一部分而具有直接适用的效力。许多学者都注意和指出了这一点。比如,汉纳姆称“在某些(法律)体系中,一般或习惯国际法可能要比非自执行条约更容易在国内法中得到实施。”^④而梅龙认为“在无数的国家中,习惯法被当作该国的法律对待而把条约转换入国内法则需要立法行为”^④。即使条约和习惯国际法规则都被承认为一国国内法之一部分,它们的地位也可能有所不同——总的来说是习惯规则的要效力高于条约规则。希玛和阿尔斯顿则指出:“越来越多的现代宪法不仅把习惯国际法结合为自动地是本国法的一部分而且赋予其高于国内成文法的地位。而在另一方面,除极少之例外,在此方面当代宪法将条约置于与成文法同等的地位。”^④对于习惯国际法规则的这种效力优先性可以举出许多的例证。比如在美国,“人权习惯法是合众国法律的一部分,应由联邦和州法院适用。”^④而美国加入或批准的人权条约,尽管也对美国各级法院有拘束力,但并不一定能直接适用,而需要立法机关的“转化”行为。在这方面,美国于1992年批准《公民和政治权利公约》时所作的一项声明,即该条约之第1条至第27条为“非自执行”,是颇能说明问题的。再比如,《德意志联邦共和国基本法》第25条规定:“国际公法的一般规则乃是联邦法律的组成部分。它们置于各项法律之上,并直接地构成联邦国土上居民权利和义务。”绝大多数德国学者认为该条中“国际公法的一般规则”(general rules of international law)应理解为习惯国际法规则而非《国际法院规约》第38条第1款(寅)项意义上的“一般法律原则”。有的德国学者甚至明确否认“国际公法的一般规则”包括被普遍承认之国际法原则。^④也就是说,尽管《维也纳条约法公约》第27条规定“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”,但如果一项国内法规则与习惯国际法规则相冲突,则后者的效力具有优先性,若与该国的国际条约义务相冲突则不必然如此,德国宪法法院在1987年就裁决德国

法院和政府机关不得以违反国际法一般规则之方式解释和使用任何德国国内法。^④另外还有许多国家的法院在审理涉及国际人权规范的案例时,也都以习惯国际法为依据。^⑤这说明,至少是在赋予习惯国际法以高于条约之法律效力的这些国家中,习惯国际人权法的存在能使人权得到一种超出人权条约之额外的,甚至是更为有效的保护和实现。

三、总结与问题

综合以上,可以认为习惯国际人权法既是必要也是必然的。对于习惯国际人权法存在的缘由,希玛和阿尔斯顿继续叙述道:

因此有一种强烈的诱惑,要转向以习惯法为正式的渊源,这给出了,以一种相对地开诚布公的方式,所欲求的答案。特别是,如果习惯法能被这样一种方法解释和探寻,即以之提供能够适用于所有国家的一揽子相对地完善的规范,那么有关国际人权法渊源的争论就可以得到解决而没有进一步的混乱。考虑到人权成分对一个正义的世界秩序的根本重要性,以确保它能提供‘正确’答案之方式来采用或重新解释习惯法之概念的诱惑是强烈的,而且至少对某些人来说,是不可抗拒的。因此并不奇怪这一领域中最近的一些论述,特别是但并非完全是来自美国的,带着越来越多的热望向该方向前进。^⑥

似乎是为了回应这一评论,美国国际法学者利里奇非常正确地总结说:

习惯国际人权法之不断增长的重要性,……是一个世界范围内的现象。只要不存在对主要人权条约的普遍接受——但它们毕竟没有构成国际人权法的完备法典,并且还有,对其覆盖范围允许保留和同意克减与限制——就将存在对习惯国际人权法的需要,既用于国际层次上,也用于国内情况中。^⑦

然而,和人权条约相比,习惯国际人权规范并非全无缺点。

首先,“和条约不同——它们包含着极为详细的一览表,习惯法只限于对人权之基本的和不可弃绝之核心的保护。”^⑧也就是说由习惯国际人权调整和保护的人权的范围要小于人权条约规定的人权内容,从到目前的国际实践来看,获得习惯国际法地位的只限于一些最基本的人权,其数量是有限的。

其次,对于哪些人权获得了习惯国际法地位,目前还存在着许多争论。除了种族灭绝,种族隔离,奴隶制和奴隶贸易以及政策性的大规模酷刑等被世界各国政府和学者普遍认为违反了习惯国际法以外,对于还有哪些人权可能获得了习惯国际法地位,国家和学者尚没有达成共识。^⑨

最后但也最重要的是,仅仅主张习惯国际人权法之必要或声称其存在并不能自动地达到显明其作为国际人权法之渊源存在的效果。任何此类主张和声明都必须加以证明。一般来讲,证明习惯国际法规则之存在本身就是一个极为复杂和困难的问题;但和国际法其它领域中的习惯相比,习惯作为国际人权法之渊源的问题更为错综复杂,^⑩具有更多的特殊性。这主要出于以下两个原因,首先,尽管国际人权法已经形成和被公认为国际法的一个独立领域,但正如一位荷兰人权学者所说,“绝大部分我们现在所认为的国际人权法自一九四五年以来才出现,……国际人权法的法律历史是如此之短,因此并不奇怪其中的习惯规则仍然不精确、零散,有时还重叠,其中的制度和程序还在演变。再者,国际人权法还未象国际关系的某些其它领域中的法律那样广泛地发展和连贯一致。”^⑪也就是

说,国际人权法的历史还过短,这对该领域中习惯的形成不能不构成一定的障碍;而且,国际人权法几乎每时每刻都在变化和发展,这使确定该领域中习惯规则之形成和存在更为困难。其次,作为国际法一部分,尽管在实在法意义上国际人权法规定和调整的也是国家之间的关系,但是,国际人权法还具有“非相对应性”,即国际人权法关涉的是一个国家与处于其管辖权下的一切人,主要是与其本国国民的关系。这和国际法的其它部门主要关涉国家之间的关系有很大的不同,这一点对于国际人权法领域中习惯规则的形成和存在也有相当大的影响。因此,在考虑以上两点的基础上,对于如何确定习惯国际人权法之形成和存在的进一步详细研究是极为必要的。

注:

如,“自第二次世界大战以来,国际人权法一直以前所未有的方式发展并且成为国际法整体中一个独立实在的部分。”Theodoor C. van Boven, “Survey of the Positive International Law of Human Rights”, in Karel Vasak, gen. ed., and Philip Alston, Eng. ed. ed., *The International Dimensions of Human Rights*, 87, at 87 (1982). “国际人权法现在被承认是一个重要的和单独的部分。”Richard B. Bilder, “An Overview of International Human Rights Law”, in Hurst Hannum, ed., *Guide to International Human Rights Practice*, 3, at 6 (2nd. ed., 1992).

[法]克里斯蒂昂·多米尼赛:“国际法的方法论”,贾中一译,黎均校,载《法学译丛》1988年第2期,第64页。

国际法学者对于国际法渊源的定义并没有达成完全一致的共识。在此无法对所有有关国际法渊源之概念的理论 and 学说进行全面的介绍、分析和评价,而只能提出一种为多数国际法学者所普遍地接受的定义,即国际法的渊源是某些规则、原则或制度成为具有拘束力之国际法规范的方式和过程。这是从“形式渊源”的角度提出的定义,因为国际法 - - 和所有的其它法律一样 - - 的“实质渊源”在其本身中是无法发现的。参见,王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第50页;周鲠生:《国际法》,商务印书馆1976年版,上册,第10页;李浩培:《国际法的概念和渊源》,贵州人民出版社1994年版,第52页;Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, at 35 (7th. rev. ed., 1997); H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, at 246 - 247 (1961). 但是Brownlie认为,于某种意义上,国际法中并不存在“形式渊源”。见, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, at 1 - 2 (4th. ed., 1990).

Bruno Simma, and Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles”, 12 *Australian YBIL* 82, at 82 (1992). []内的文字为原文所无,系笔者为使译文通畅或便于理解所加,以下同。

Robert Y. Jennings, “What is International Law and How Do We Tell When We See it?”, 37 *Annuaire Suisse de Droit International* 59, at 60 (1981).

见, G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, at 2 (1983).

见, Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, at 20 (1994).

参见,王铁崖:同上引书,第56页。

如,“条约……是国际行为规则的一个最重要的渊源”。Robert Jennings, and Arthur Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, at 31 (9th ed., vol. 1, 1992). “条约是现代国际法的基本和主要渊源。”科热夫尼科夫主编:《国际法》,法律出版社1985年版,第25页。“在某种程度上条约已经开始取代习惯法。”Peter Malanczuk, op. cit. at 37. 但也有人认为条约与习惯相比处于次要地位。见,王铁崖:同上引书,第63页。

⑩见, Imre Szabo, “Historical Foundations of Human Rights and Subsequent Developments”, in Karel Vasak, and Philip Alston, eds., op. cit. 11, at 33; Rosalyn Higgins, op. cit. at 105; Paul Sieghart, *The Lawful Rights of Mankind*, at 59 (1985); Richard B. Bilder, “The Status of International Human Rights Law: An Overview”, in James C. Tuttle, ed., *International Human Rights Law and Practice*, 1, at 7 (1978); and Frank Newman, & David Weissbrodt, eds., *International Human Rights: Law, Policy, and Process*, at 13 (2nd ed., 1996).

⑪Richard B. Lillich, “The Growing Importance of Customary International Human Rights Law”, 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1, at 1, (1995/96). 此处的“协议法”即等同于条约。

¹²Louis Henkin, "Human Rights and State 'Sovereignty'", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 31, at 36, (1995/96).

¹³[1977] 2 Yearbook of ILC (part 2) p. 46, UN Doc. A/CN.4/Ser.A/1977/Add.1 (Part 2).

¹⁴参见, Evan Luard, "The Origins of International Concern over Human Rights" in Evan Luard, ed., *The International Protection of Human Rights*, 7 (1967); Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, at 89 - 92 (1978); Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, at 11 - 14 (1983); Burns H. Weston, "Human Rights", in *Encyclopaedia Britannica*, vol. 20, 714, at 717 (15th ed., 1986). James Avery Joyce, *The New Politics of Human Rights*, at 7 - 44 (1978).

¹⁵Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, at 91 (1989).

¹⁶Id. at 92.

¹⁷Dr. Jorge Carpizo, "The Current Tendencies of Human Rights", 23 *California Western International Law Journal* 373, at 375 (1993).

¹⁸李步云、王修经：“人权国际保护与国家主权”，载《法学研究》1995年第4期，第20页。然而，“国际人权宣言、原则、规章、规则等组成国际人权习惯法”的提法是颇为模糊的。首先，各类国际人权宣言更多地是习惯国际人权法形成的方式或证据而非习惯法本身；其次，国际人权原则、规章和规则既可能体现在习惯国际人权法中，也可能来自国际人权条约。

¹⁹见, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 ICJ Rep. 15, at 23 (Advisory Opinion of 28 May, 1951).

²⁰Barcelona Traction, Light & Power, Ltd., 1970 ICJ Rep. 3, at 32 (Second Phase) (Judgment of 2 Feb. 1970). 重点为作者所加。

²¹见, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971 ICJ Rep. 16, at 31 - 32 (Advisory Opinion of 21 June) (以下简称 *Namibia State Case* - “纳米比亚案”)；*Western Sahara*, 1975 ICJ Rep. 12, at 30 - 37 (Advisory Opinion of 16 Oct.).

²²见, *Namibia Case*, 1971 ICJ Rep. 16, at 31 - 32.

²³见, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, 1986 ICJ Rep. 14, at 98 - 108, and 114 - 115. (以下简称 *Nicaragua Case* — “尼加拉瓜案”)

²⁴Bruno Simma, and Philip Alston, *op. cit.* at 84. 但他们本人却对此观点持保留态度, 参见下注。

²⁵参见, Louis Henkin, "Human Rights and State 'Sovereignty'", *op. cit.* at 36 - 37; Theodor Meron, *op. cit.* at 79 et seq; Schachter 提出习惯国际人权法之必要的两个原因是: 第一, 它可以为非人权条约缔约国赋予权利和施加义务; 第二, 可以使包括人权条约缔约国和非缔约国在内的所有国家诉诸一般国际法提供的救济手段。Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, at 335 - 336 (1991). 另参见, *Id.* at 341 - 342. Simma 和 Alston 承认在国际人权法的发展中条约的作用最为明显而且引起的法理学难题也最少; 但是否加入和批准这些条约完全由国家决定, 一些条约的内容并不令人满意, 对另一些问题有时干脆就没有条约, 因此国际人权法的其它渊源是有必要的。他们认为在此问题上有以下三种主要立场: 一、证明习惯国际人权法的形成和存在; 二、主张《世界人权宣言》和随后并建基于其上的“软法”是对《联合国宪章》中人权条款的权威解释并因而有法律约束力; 三、认为人权是为文明各国所承认的一般法律原则因而是国际法规则。他们认为在“达成一致之国际立法的前提之下”, 以后两种方式证明国家在实在国际法中尊重人权的法律义务更为可取一些。见, Bruno Simma, and Philip Alston, *op. cit.* at 107.

²⁶持此观点的学者非常多, 其中代表性的学者主要包括: 英国国际法学家劳特派特, 见, H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, at 34, 147 - 148, et seq (1968); "The Universal Declaration of Human Rights", 25 *British YBIL* 354, at 377 (1948). 国际法院前院长辛格, 见, Nagendra Singh, *Enforcement of Human Rights in Peace & War and the Future of Humanity*, at 20 - 21 (1968). 另参见, Krzysztof Drzewicki, "Internationalization of Human Rights and Their Juridization", in Raija Hanski, & Markku Suski, eds, *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, 29, at 32 (1997); *The American Law Institute, Restatement of the Law (Third), The Foreign Relations Law of the United States (hereinafter cited as The Third Restatement, 以下简称《重述》)*, § 701, *Reporters' Note*

4 (1987).

²⁷持此观点的学者为数不多,包括国际法学家凯尔森,见, *Hans Kelson, The Law of the United Nations*, at 29 - 32 (1950). 美国国际法学家、联合国国际法委员会委员赫德森,见, *Manley O. Hudson, "Integrity of International Instruments"*, 42 *American Journal of International Law* 105 (1948).

²⁸*Bruno Simma, and Philip Alston, op. cit. at 87.*

²⁹见, *Alain Pellet, "The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law - Making"*, 12 *Australian YBIL* 22, at 38 (1988 - 89).

³⁰*Nicaragua Case 1986 ICJ Rep. 14*, at 95 - 96. 这里的“国际条约法”(international treaty law)应理解为就是“条约”,而非《维也纳条约法公约》意义上的调整条约的国际法律规范。

³¹对于习惯国际人权法中“一贯反对”之国家的情形, Meron 论述道:“因为反映在国际人权文书声明之人权中的共同体价值享有强大的公众支持,一非缔约方轻而易举地面对因为公开地拒绝这一规范而成为一贯反对者之政治后果的可能性是很小的。该非缔约方将很可能发现它受这一规范的约束。默认因而是扩大国际人权之普遍性的有效方式。”*Theodor Meron, op. cit. at 89.*

³²*Id. at 54.*

³³*Oscar Schachter, op. cit. at 335.*

³⁴*The Third Restatement, op. cit. § 703 (1); 并参见, Reporters' Notes 2 - 4.*

³⁵*B. G. Ramcharan, "State Responsibility for Violations of Human Rights Treaties"*, in *Bin Cheng, and E. D. Brown, eds., Contemporary Problems of International Law: Essays in honour of Georg Schwarzenberger on his eightieth birthday*, 242, at 248 (1988). 并参见, *Id. at 260.*

³⁶*Bruno Simma* 指出,对多边人权条约之保留要比对其它国际条约的保留更为普遍,数量更多。见, *Bruno Simma, "Human Rights"*, in *Christian Tomuschat, ed., The United Nations at Age Fifty - A Legal Perspective*, 263, at 269 (1995). 对国际人权条约的保留问题,可主要参见, *J. P. Gardner, ed., Human Rights as General Norms and A State's Right to Opt out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, (1997); *Liesbeth Lijnzaad, Reservations to UN - Human Treaties: Ratify and Ruin?*, (1995).

³⁷*Theodor Meron, op. cit. at 7.*

³⁸*North Sea Continental Shelf, 1969 ICJ Rep. 3*, at 38 - 39 (Judgment of 20 Feb.)

³⁹见, *D. W. Bowett, "Reservations to Non - Restricted Multilateral Treaties"*, 48 *British YBIL* 67, at 73 (1976 - 77). 但也有些学者持有异议。比如, *Coccia* 认为:“国家能够在它们之间以协议修正习惯规范,除非它们是强行法规范。因此,通过一项被接受的保留,国家在彼此之间修正不具有强行性质之习惯规范是可能的。”*Massimo Coccia, "Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights"*, 15 *California Western International Law Journal* 1, at 31 (1985). 另参见, *Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law"*, 47 *British YBIL* 1, at 48 (1974 - 75).

⁴⁰*Human Rights Committee, General Comment 24 (52), General comment on issues to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant, UN Doc. CCPR/ C/21/ Rev.1/ Add.6 (1994), para. 8.*

⁴¹见, *"Observations by the United States of America on General Comment Number 24"*, in *J. P. Gardner, ed., op. cit. Appendix III*, 199, at 201.

⁴²*Hurst Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law"*, 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 287, at 292 (1995/96).

⁴³*Hurst Hannum, Id. at 293.*

⁴⁴*Theodor Meron, op. cit. at 4.*

⁴⁵*Bruno Simma, and Philip Alston, op. cit. at 85 - 86.*

⁴⁶*The Third Restatement, § 702, Comment c.* 在美国法院适用习惯国际人权法方面,许多学者最常引用的一个例子是 *Filartiga* 案。参见, *Bruno Simma, and Philip Alston, op. cit. at 86; Oscar Schachter, op. cit. at 356, note 21; and Richard B. Lillich, op. cit. at 24 et seq.*

⁴⁷参见, *Richard B. Lillich, op. cit. at 17, note 89.* 但 *Simma* 和 *Alston* 似乎作后一种理解。参见, *Bruno*

Simma, and Philip Alston, op. cit. at 106. 对德国法院依据习惯国际法审理案件的叙述和分析, 参见, *Theodor Meron*, op. cit. at 5, note 5; and at 132 - 134.

④⑧参见, *Bruno Simma, and Philip Alston*, op. cit. at 86.

④⑨见, *Richard B. Lillich*, op. cit. at 17 - 18. 但 *Simma* 和 *Alston* 认为这些国内法院(比如在德国和瑞士但不包括美国)所依据的是“一般法律原则”。见, *Bruno Simma, and Philip Alston*, op. cit. at 106. 另参见, *Benedetto Conforti*, “National Courts and the International Law of Human Rights”, in *Benedetto Conforti, and Francesco Francioni*, eds., *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, 3, at 3 - 7 (1997).

⑤⑩ *Bruno Simma, and Philip Alston*, op. cit. at 83. 美国国际法和人权学者在证成习惯国际人权法之存在方面非常积极的一个原因即在于美国批准的国际人权条约数量极为有限, 他们希望借证成习惯国际人权法 - 习惯国际法自动地是美国法的一部分 - 扩大国际人权法对美国的约束力范围。但 *Koskiennemi* 认为美国学者 *Meron* 对习惯国际人权规范的广泛和详细讨论“更多地意在表明美国律师在美国法院审理的人权案件中如何答辩, 对国际法则揭示不多。”*Martti Koskiennemi*, “The Pull of the Mainstream”, 88 *Michigan Law Review* 1946, at 1951 (1990). 另参见, *Bruno Simma, and Philip Alston*, op. cit. at 87, 88. 在美国法院中适用习惯国际人权法的情况, 另参见, *Beth Stephens*, “Litigating Customary International Human Rights Norms”, 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 191, (1995/96); and *Gordon A. Christenson*, “Customary International Human Rights Law in Domestic Court Decisions”, 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 225 (1995/96). 在美国法院中适用国际人权规范的情况, 参见, *Richard B. Lillich*, “The Enforcement of International Human Rights Norms in Domestic Courts”, in *James C. Tuttle*, ed., op. cit. 105.

⑤⑪ *Richard B. Lillich*, “The Growing Importance of Customary International Human Rights Law”, op. cit. at 28.

⑤⑫ *Benedetto Conforti*, op. cit. at 3.

⑤⑬见, *Robert Jennings, and Arthur Watts*, eds., op. cit. at 1000.

⑤⑭参见, *Richard B. Bilder*, “The Status of International Human Rights Law: An Overview”, op. cit. at 8.

⑤⑮ *Eric van de Luytgaarden*, *Introduction to the Theory of Human Rights Law*, at 48 (1993).

[责任编辑 吕岩峰]