



## 国际法委员会

### 第六十五届会议

2013年5月6日至6月7日和  
7月8日至8月9日，日内瓦

## 关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告

特别报告员迈克尔·伍德\*

### 目录

	页次
第一部分：介绍 .....	3
一. 导言 .....	3
二. 委员会以前的工作 .....	4
第二部分：范围和结果 .....	6
三. 本专题的范围和结果 .....	6
四. 是否应涵盖强制法 .....	9
第三部分：习惯国际法作为国际法的渊源 .....	12
五. 习惯国际法及其与《国际法院规约》第三十八条所列其他渊源的关系 .....	12
六. 术语 .....	17
第四部分：应考查的材料范围 .....	19
七. 各国和其他政府间行为体的做法 .....	19

\* Omri Sender 先生为本报告的编写提供了宝贵的协助，特别报告员希望向他表示感谢。



八. 国际法院判例法 .....	21
九. 其他法院和法庭的判例法 .....	26
十. 其他机构的工作 .....	39
十一. 著作 .....	42
第五部分：今后工作 .....	54
十二. 今后工作方案 .....	54

## 第一部分：介绍

### 一. 引言

1. 2012年，国际法委员会在第六十四届会议期间决定将“习惯国际法的形成与证据”的专题列入当前的工作方案，并任命迈克尔·伍德为特别报告员。<sup>1</sup> 特别报告员编写了一份说明，提出他对本专题的初步想法，特别是对工作范围和暂定方案的想法。<sup>2</sup> 暂定工作方案是该届会议早些时候举行初步辩论的基础。<sup>3</sup>

2. 2012年年底，在第六委员会辩论过程中，各代表团强调本专题的重要性和用途以及习惯国际法在国际和国家层面发挥的重要作用。大家还着重指出本专题的内在困难，特别是评估习惯国际法规则是否存在的问题的复杂性。各代表团也强调必须保持习惯进程的灵活性。其他要点包括：对国家惯例和法律确念作为习惯国际法构成要素的含义和表现方式的探讨十分重要，条约与习惯国际法的关系对本专题的审议有关，审查国际组织在习惯国际法形成与证据方面的作用很有必要，审议工作最好能取得切实的结果。<sup>4</sup>

3. 大会在其第67/92号决议中赞赏地注意到国际法委员会决定将本专题列入其工作方案，并提请各国政府注意，就国际法委员会第六十四届会议工作报告第三章所列举的具体问题提出意见，十分重要。<sup>5</sup>

4. 委员会在第六十四届会议上请各国“提供资料，说明其在习惯国际法的形成和在特定情况下适合于确立此种法律的各类证据方面的实践，反映于：(a) 在立法机构、法院和国际组织的正式陈述；(b) 国家、区域和次区域法院的判决”。<sup>6</sup> 特别报告员建议委员会在2014年1月31日前请各国作出答复。

5. 委员会还请秘书处编写一份备忘录，其中确定委员会以前的工作可能与本专题特别有关的要素。<sup>7</sup> 如下文第二节所述，秘书处的备忘录详细介绍了委员会以前与本专题有关的工作，<sup>8</sup> 对于委员会的进一步工作将是宝贵的资源。

<sup>1</sup> A/CN.4/SR.1332，第16页。

<sup>2</sup> A/CN/653。

<sup>3</sup> A/CN.4/SR.3148、3150、3151、3152(2012年7月24、26、27和30日)；A/67/10，第108-115页。

<sup>4</sup> A/C.6/67/SR.18-25；国际法委员会第六十三届和第六十四届会议工作报告：秘书处编写的关于大会第六十七届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/657)，第47-52段。

<sup>5</sup> 大会2012年12月14日第67/92号决议，第4和7段。

<sup>6</sup> A/67/10，第8页。

<sup>7</sup> A/67/10，第108页。

<sup>8</sup> A/CN.4/659。

6. 本报告是介绍性的，其目的是为今后关于本专题的工作和讨论奠定基础。因此，本报告在叙述委员会以前的相关工作后，在第二部分讨论专题的范围(包括本专题应否涵盖强制法的问题)以及可能的结果。第三部分审议习惯国际法作为法律渊源的一些问题，包括《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款及术语问题。第四部分叙述习惯国际法形成过程和证据的材料的主要类别(国家惯例和其他政府间行为体的惯例、国际法院及其他法院和法庭的判例法、其他机构的工作、著述)。在这样做时，本报告注意审视所提议的考察习惯国际法形成与证据的各种方法，并审视在这方面积累的经验。

7. 国际法协会的工作值得在开头处特别提及，并在下文第十节予以更加详细的叙述。国际法协会 2000 年伦敦原则声明是审查习惯国际法形成过程的一项持续 15 年的重大工作的结晶，这项工作于大约 13 年前结束。<sup>9</sup> 委员会的工作与该协会的工作在重要方面将有不同，原因之一就是委员会作为大会附属机构具有独特地位，而且委员会与各国有着相应的关系。<sup>10</sup>

## 二. 委员会以前的工作

8. 有必要回顾委员会的相关工作，包括其《章程》第 24 条授权的早先工作以及关于条约法的工作和关于“国际法不成体系：国际法多样化和扩展引起的困难”专题的工作。委员会的许多工作涉及习惯国际法的确定问题，虽然委员会在明确区分国际法的编纂与逐渐发展时有时十分谨慎。<sup>11</sup>

9. 委员会根据其《章程》第 24 条，<sup>12</sup> 在 1949 年和 1950 年第一和第二届会议上审议了“使习惯国际法的证据更易于查考之方法和手段”的专题。在秘书处的备忘录<sup>13</sup> 和 Manley O. Hudson 的工作文件<sup>14</sup> 的基础上，委员会提出了一些建议，

<sup>9</sup> 《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》及评注：国际法协会 2000 年 7 月 29 日在伦敦举行的第六十九次会议通过的第 16/2000 号决议(一般习惯国际法的形成)。

<sup>10</sup> G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 128-9 (“要对习惯准则作出权威解释，最好由诸如联合国国际法委员会这样的机构精心起草一份说明”)。

<sup>11</sup> D. McRae, ‘The Interrelationship of Codification and Progressive Development in the Work of the International Law Commission’, *Journal of International Law and Diplomacy* (Kokusaiho Gaiko Zasshi), 111(2013), 75-94。

<sup>12</sup> 《委员会章程》第 24 条规定：“委员会应研究方式和方法，便利各方利用国际习惯法的依据，如搜集和出版有关国家惯例以及各国法庭和国际法庭作出的国际法问题的判决，并应就此事项向大会提出报告。”

<sup>13</sup> A/CN.4/6 和 Corr. 1。

<sup>14</sup> A/CN.4/16 和 Add. 1。提到习惯国际法的范围时，Hudson 提出，“习惯国际法原则或规则的出现，似乎需要有下列要素：(a) 一些国家对属于国际关系范畴的一类情况采取一致的做法；(b) 这种做法在相当长的时间内持续或重复；(c) 其他国家一般默认这种做法”(第 11 段)。工作文件还详述了习惯国际法的证据问题。

包括由大会提请各国注意有必要发表其有关国际法的外交信函和其他材料的摘要，使其惯例的证据更易于查考。<sup>15</sup> 这份很有影响力的报告发表后，在国家和国际层面，关于国际法的一些重要出版物相继问世，包括《联合国法律汇编》、《国际仲裁裁决汇编》和国家惯例摘要。<sup>16</sup>

10. 为了协助委员会选择专题，1948年<sup>17</sup>和1971年<sup>18</sup>编写了两份关于国际法的重要概览。回顾一下1948年概览在“国际法渊源”的标题下阐述的话，很有意思：

“《国际法院规约》第三十八条界定了国际法渊源，从而顺利完成了这方面国际法的编纂。各个国际仲裁法庭反复将该定义作为权威来对待。现在却有人试图提出更加具体的定义，例如界定国际习惯的创立和持续有效性的条件，或以举例方式列出国际法院应适用的、被《规约》第三十八条承认为三大主要法律渊源之一的一些一般法律原则。这样做有何用途，值得怀疑。将国际法渊源的定义列入编纂工作的一般计划内，将符合系统性对称的要求，而不是出于任何迫切的实际需要。然而，在评注里对定义加以解释，总结国际法院和其他国际法庭适用各个渊源的国际法的经验，也许明显是有用的。”<sup>19</sup>

1971年的概览没有再次提及这个问题。但1998年的一份非正式的概览在“国际法委员会议程上没有列入的项目”的标题下有下列提法：

“国际法委员会不应在其议程中列入‘渊源’专题(条约除外)。习惯国际法规则形成的过程相对灵活，对这一过程进行编纂，没有助益，而且也许是不可能的。此外，关于国际法渊源，问题是根本性的(例如：什么是习惯？习惯如何形成？)，而不是从属性的(例如：什么是条约解释规则？)，这种根本性问题似乎极度取决于理论。”<sup>20</sup>

<sup>15</sup> 《1950年国际法委员会年鉴》，第二卷，367-374(1950年国际法委员会的报告，A/1316号文件，第24-94段，特别是第90-94段)；C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*(Manchester University Press, 1965), 70-82, reproduced in A. Parry (ed.), *Collected Papers of Professor Clive Parry*(Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2012), Vol II, 1-105.

<sup>16</sup> A/CN.4/659, 第9-11段。1968年，欧洲委员会部长理事会通过了《国际公法领域国家惯例文件分类示范计划》(CM/Res(68)17)，该《示范计划》成为一些国家出版物的框架；1997年对《示范计划》进行了重大修订(CM/Rec(97)11)。

<sup>17</sup> 《与国际法委员会编纂工作有关的国际法概览：根据〈联合国国际法委员会章程〉第18条第1款的规定进行的筹备工作——秘书长提交的备忘录》(1949年2月10日A/CN.4/1/REV.1)(联合国出版物，出售品编号：1948.V.1(1))。委员会秘书在1960年承认1948年概览是由Hersch Lauterpacht编写的：《1960年国际法委员会年鉴》，第一卷，52。

<sup>18</sup> 国际法概览：秘书长编写的工作文件：A/CN.4/245，《1971年国际法委员会年鉴》(联合国出版物，出售品编号：E.72.V.6)(第二部分)，第二卷，第二部分，1。

<sup>19</sup> 前注17，见第22页。

<sup>20</sup> *Report of the Study Group on the Future Work of the International Law Commission*, para. 104, in M. R. Anderson et al (eds.), *The International Law Commission and the Future of International Law* (British Institute of International and Comparative Law, 1998), 42.

委员会决定审议本专题时，了解以前的这些见解。但委员会也注意到 2011 年的大纲的措辞：

“对于应用国际法规则的人来说，对[习惯国际法]形成和确定过程的理解至关重要。对这个过程取得一致的理解，可能具有相当大的实际意义。之所以如此，原因之一是处理习惯国际法问题的非国际法专家日益增多，例如许多国家的国内法院人员、外交部以外的政府各部委人员和非政府组织的工作人员。”<sup>21</sup>

11. 如秘书处的备忘录(A/CN.4/659)所解释，委员会已在许多场合处理习惯国际法形成和确定的问题。备忘录考虑到委员会自 1949 年以来的相关工作(尤其是多年来在其审议的各个专题方面通过的最后草案)，“着力确定委员会以前的工作中可能与‘习惯国际法的形成与证据’专题特别有关的要素”。备忘录在主要部分审议了“委员会在确定习惯国际法及其形成过程时所采用的方法，重点是：(a) 委员会的一般方法；(b) 国家惯例；(c) 所谓的主观要素(法律必要确信)；(d) 国际组织惯例的相关性；(e) 司法意见和公法专家的论著的相关性。”备忘录还涵盖“习惯法在国际法律体系里运作的某些方面”，“同包括区域规则、确立普遍适用的义务的规则和强制法规则在内的习惯国际法规则的约束性和特点有关，并同习惯国际法与条约和‘一般国际法’的关系有关”。<sup>22</sup>

12. 秘书处备忘录除论及其他事项外指出，委员会始终将国家惯例的一致性和普遍性视为习惯国际法规则形成与证据的关键考虑因素。备忘录还指出，除国家惯例外，委员会在这方面还“经常提及”“往往被定义为习惯国际法主观要素的材料”，<sup>23</sup> 尽管所用的措辞各有不同。备忘录指出，委员会在评估国家惯例和与其相关的“主观要素”时依赖“各种材料”，司法意见和公法专家的论著以及国际组织的惯例也经常与这种工作有关。

## 第二部分：范围和结果

### 三. 本专题的范围和结果

13. 国际法委员会在 2012 年辩论<sup>24</sup> 中、第六委员会在大会第六十七届会议的辩论<sup>25</sup> 中讨论了本专题的范围和国际法委员会工作的可能的结果。所提出的一个问题是，本专题的标题提及习惯国际法的“形成”和“证据”，是否精确地涵盖

<sup>21</sup> 委员会 2011 年报告附件 A, A/66/10, 第 3 段。

<sup>22</sup> 见 A/CN.4/659, 摘要。

<sup>23</sup> 同上, 见第 26 段。

<sup>24</sup> 见上文注 3。

<sup>25</sup> 见上文注 4。

所设想的议题；另有人指出，这些提法在各种语文里不太一致。<sup>26</sup> 有人还认为，中心问题是“确定”习惯国际法，提及“形成”，有可能会使本议题过于宽泛，或过于理论性。

14. 特别报告员认为，无论标题多么精确，本专题的目标都是为需要应用习惯国际法规则的人提供某种指导，说明在具体情况下应如何确定这类规则。这些人包括、但不局限于国内法院法官及国际特别法院和法庭法官和仲裁员。

15. 英文标题里的“formation”和“evidence”旨在说明：为了确定某一习惯国际法规则是否存在，有必要既考虑对习惯国际法规则的形成的要求，也考虑确立满足这种要求的证据。尽管如此，在早期也许需要确保各种文本(包括英文)的标题能精确反映本专题的预定范围，而且所有文本的标题的含义相同。

16. 国际律师，特别是著书的学者，探讨习惯国际法有许多方式，一些人主要将其视为国际法的一个渊源，其他人则更加关注习惯国际法在国内法律体系中的运作情况。一些学者试图描述、澄清关于习惯国际法形成和确定的方法的现有立场，其他人则明确面向未来。<sup>27</sup> 特别报告员认为，委员会应着眼于描述关于习惯国际法规则的形成与证据的国际法现状，但不妨碍今后可能出现的发展情况。

17. 2012年国际法委员会和第六委员会的辩论表明，为了避免不必要的重叠，本专题的范围需要予以明确限定，不应涵盖委员会过去和现在议程上的其他专题的内容。其他专题包括：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”<sup>28</sup>和“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”。<sup>29</sup> 实际上这不应很困难，因为分界线相当清楚。<sup>30</sup>

18. 不应指望委员会工作的结果将是用于确定习惯国际法的一系列硬性规则。其实，目标是说明习惯国际法规则形成的一般过程及证据：迄今讨论中的似乎广泛的共识是，委员会工作的适当的结果应是一套带有评注的“结论”。<sup>31</sup>

<sup>26</sup> 目前各语文的用语为：阿拉伯文“تثباته...الق نشأه”、中文“形成与证据”、法文“formation et identification”、俄文“формирование и доказательство существования”、西班牙文“formación y documentación”。

<sup>27</sup> 见下文第十一节。

<sup>28</sup> 国际法委员会就该专题工作的结果，见国际法委员会第五十八届会议工作报告，A/61/10，第251段，以及A/CN.4/L.682号文件和Add.1和Corr.1。

<sup>29</sup> 本专题以前的标题为“条约随时间演变”。

<sup>30</sup> 特别报告员格奥尔格·诺尔特关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的第一次报告(A/CN.4/660)，第7段。

<sup>31</sup> 《伦敦原则声明》也“按委员会的理解，阐述了相关规则和原则。……为那些需要应用法律或提供法律咨询的人以及为学者和学生提供一些实际指导。鉴于这一事项经常引起相当多的疑惑，许多人需要有相对精确、明确的指导方针……”（第3-4页，第4段）。

19. 委员会将需要处理的一个问题是,在国际法不同领域,例如在国际人权法、<sup>32</sup> 国际刑法<sup>33</sup> 和国际人道主义法<sup>34</sup> 领域,探讨习惯国际法的形成与证据的方式是否不同。不同领域习惯国际法规则的形成与证据可能会产生特别的问题,因此需要审议是否根据所涉领域的情况给予不同的材料以不同的比重的问題,如果考虑给予不同比重,那么应在何种程度上怎样做。<sup>35</sup> 同时,应该记得,用格林伍德法官的话来说,“国际法不是支离破碎、自立门户的一系列专门性法律,各方面的国际法不是彼此孤立的,而是统一的单一法律体系。”<sup>36</sup>

20. 国际法委员会初步辩论时提出的另一个问题是,应采用的方法是否取决于意图面向的受众。<sup>37</sup> 应该记得,国际法协会开始进行这方面工作时也审议了“观察

<sup>32</sup> 例如见 E. Klein(ed.), *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26-28 September 2002 Potsdam*(Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003); R. B. Lillich, 'The Growing Importance of Customary International Human Rights Law', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 25(1995/6), 1-30; H. G. Cohen, 'Symposium: The Global Impact and Implementation of Human Rights Norms: From Fragmentation to Constitutionalization', *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 25(2012), 381-394.

<sup>33</sup> 例如见 W. Schabas, 'Customary Law or 'Judge-Made' Law: Judicial Creativity at the UN Criminal Tribunals', in J. Doria et al. (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 77.

<sup>34</sup> 例如见 J. d'Aspremont, 'An autonomous regime of identification of customary international humanitarian law: do not say what you do or do not do what you say?', in R. van Steenberghe(ed.), *Droit international humanitaire: un régime spécial de droit international?*(Bruylant, 2013), 67-95; T. Meron, 'The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law', *American Journal of International Law*, 90 (1996), 238-249. Meron has also suggested that "it is difficult to find positive, concrete state practice with respect to rules that are largely prohibitive - as the rules of humanitarian law generally are - because such rules are largely respected through abstentions from violations, rather than affirmative practice": T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench: Selected Speeches* (Oxford University Press, 2011), 32.

<sup>35</sup> 国家管辖豁免(德国诉意大利,希腊参加诉讼),2012年2月3日,判决,第73段(“为本案目的,最为相关的国家惯例应在[……]国家司法裁决中找到……”);检察官诉塔迪奇,前南斯拉夫问题国际法庭 IT-94-1 号案件,关于辩方对管辖权的中间上诉申请的裁决(上诉分庭),1995年10月2日,第99段(“为适用于国内冲突的目的,在指出在国际社会出现的一些习惯法原则和规则之前,有必要谨慎地说明武装冲突法的造法过程。为确定习惯规则或一般原则的存在而试图确定国家惯例时,很难为确定部队是否实际遵守或无视某些行为标准的目的确切认定部队在实地的实际行为,即使这样做不是不可能。对这方面情况的审视极其困难,不仅因为独立观察员通常不得进入军事行动区(甚至连红十字委员会也经常不得进入),而且还因为冲突当事方不会公布实际敌对行为的信息;更为甚者,为了迷惑敌方,迷惑公共舆论和外国政府,冲突方还经常采取误导的手法。因此,在评估习惯规则或一般原则的形成时,我们应该注意到,由于本议题的内在于的性质,主要依赖的要素必须是国家官方宣告的意见、军事手册、司法裁决等等”)。

<sup>36</sup> 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)(刚果民主共和国欠几内亚共和国的赔款),判决,2012年6月19日,格林伍德法官的声明,第8段。另见 A/61/10, 第251段;由研究小组主席最后定稿的分析报告(A/CN.4/L.682和Corr.1及Add.1),第33-34段。

<sup>37</sup> A/CN.4/SR.3148, 第6页(Murase)。

角度”问题。<sup>38</sup> 特别报告员认为，获得接受的确定法律方式对各方面的法律均应一样；委员会希望取得的，正是共同的一般理解。

21. 委员会在工作过程中将有必要处理确定习惯国际法规则的一般方法问题，如给予关于国家惯例的经验研究相对于演绎推理的比重。实际考虑因素也可能会影响方法，在由将近 200 个国家(和其他国际行为体)组成的世界上尤其如此，尽管这不是新的挑战。另外值得注意的是本专题的内在困难，主要即习惯国际法作为非成文法的性质，以及经常与其相关的意识形态争议和理论争议。<sup>39</sup>

22. 本专题探讨习惯国际法规则形成的过程以及确定这些过程的必要证据，<sup>40</sup> 目的是为在特定时刻如何确定习惯国际法规则提供指导，而不是处理哪些规则已经获得这种地位的问题，<sup>41</sup> 也不是审议习惯国际法在各个法院和法庭应适用的法律中的地位，或在各国国内各个层面可能存在的用于确定习惯国际法规则的特别规定和程序(尽管在评估国内法院的裁决时必须注意到这些规定和程序)。

23. 因此，关于结论草案的范围的第一条结论可以是：<sup>42</sup>

1. 范围。本结论草案涉及习惯国际法规则的形成与证据。

#### 四. 是否应涵盖强制法

24. 2012 年，在国际法委员会和第六委员会的辩论中提出一个问题，即：本专题是否应涵盖一般国际法强制性规范(强制法)的形成与证据。<sup>43</sup>

25. 强制法规则系指“国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”的法律准则。<sup>44</sup> 尽管不再

<sup>38</sup> 《伦敦原则声明》，第 7 段；报告员第一次报告(1986 年国际法协会第六十三次会议报告)关于“国际法的形成与观察角度”的附录，第 936 页。

<sup>39</sup> 另见《伦敦原则声明》，第 2 段。

<sup>40</sup> 参考比较对于委员会在国家对国际不法行为的责任方面工作十分重要的主要规则与次要规则的区别。

<sup>41</sup> 无论如何，必须牢记：“习惯法过程是持续的过程：这一过程不会因某一规则的出现而停止”：M. H. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 *Recueil des Cours* (1998), 155, 188; 另见 K. Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24(1993)1, 15 (“确定国际习惯及拟订相应法律规则的工作可在各个场合反复进行。这一工作永远不会终结……”)。

<sup>42</sup> 前注 3 和 4。

<sup>43</sup> 1969 年《维也纳条约法公约》第五十三和六十四条。《维也纳公约》中的定义普遍适用：见《关于国家责任的条款》第 26 条的评注第(5)段，《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 85 页，《关于国际组织的责任的条款》第 26 条的评注第(2)段，《2011 年国际法委员会报告》，第 120 页。

<sup>44</sup> 《维也纳条约法公约》第五十三条；另见 P. Dailier, M. Forteau and A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition, (Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.) 2009), 220-229; 以及 J. Rowein, “Ius Cogens”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012)。

有人严重质疑是否存在这种“高级”类别的国际法，<sup>45</sup> 但对于其实质内容和与之相关的证据要素，理论上仍有很大争议。<sup>46</sup> 在本文中特别需要指出的是，围绕强制法规则的渊源仍有某种“神秘气氛”：<sup>47</sup> 某些国际法律师认为强制法规则是习惯国际法的一个特殊类别；<sup>48</sup> 另一些人则否认强制法规则可源于习惯

<sup>45</sup> 例如见国际法委员会“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究小组(由 Martti Koskenniemi 主持)的研究和讨论得出的结论：国际法委员会 2006 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和 7 月 3 日至 8 月 11 日第五十八届会议报告(A/CN.4/L.702)；以及国际法院判决中提及强制法之处，这些判决包括：《刚果境内的武装活动(新请求书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权和可受理性，判决，2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 52 页；《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，2012 年 2 月 3 日的判决》，第 92-97 段；《与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，2012 年 7 月 20 日的判决》，第 99 段。另见 Frowein, 前注 44, 第 3-5 段(“因此可以说，当今的国家惯例确认国际公法中存在强制法，包括在成文条约法和法律理论中予以确认”)。

<sup>46</sup> 例如见 A. D'Amato, “It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, 6 (1990), 1-6; K. Kawasaki, “A Brief Note on the Legal Effects of Jus Cogens in International Law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 34 (2006), 27-43; H. Charlesworth, “Law-Making and Sources”, in J. Crawford and M. Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 187, 191; P. Tavernier, “L'identification des règles fondamentales, un problème résolu?”, in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 1, 19; S. Kadelbach, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules—The Identification of Fundamental Norms”, in C. Tomuschat and J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006) 21, 28; 以及 M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), 7。

<sup>47</sup> A. Bianchi, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, 19(2008), 491, 493。

<sup>48</sup> 例如见 A. de Hoogh, *Obligations Erga Omnes and International Crimes* (Kluwer Law International, 1996) 45-48; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (Librairie Armond Colin, 1972), 139-140; M.H. Mendelson, 前注 41, 见第 181 页; A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), 28; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 1992) 7-8; R.B. Baker, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *European Journal of International Law*, 21 (2010) 173, 177; A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 132; A. Cassese, “For an Enhanced Role of Jus Cogens”, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia* (Oxford University Press, 2012), 158, 164; T. Meron, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *American Journal of International Law*, 80 (1986), 1, 13-21; A. McNair, *Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), 213-215; J. Paust, “The Reality of Jus Cogens”, *Connecticut Journal of International Law*, 7 (1991), 81, 82; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2012), 594; N.G. Onuf and R.K. Birney, “Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 4 (1974), 187, 191; F. Orrego Vicuña, “Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?”, *Estudios Internacionales*, 148 (2005), 21, 36-37; 以及 B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), 243-260; Forteau 先生在国际法委员会第六十四届会议上也说, “强制法规则按定义属于习惯法”(A/CN.4/SR.3150, 第 11 页)。

法；<sup>49</sup> 还有一些人认为，习惯国际法仅为强制法的可能渊源之一。<sup>50</sup> 有人提出，如何看待强制法与习惯国际法的关系，从根本上取决于对习惯国际法持何种概念。<sup>51</sup>

26. 关于本专题是否应包括强制法，有正反两种意见。一种观点认为，习惯国际法规则有可能被认为是强制法规则，或演变为强制法规则，而且习惯国际法规则和强制法规则有可能通过共同的组成要素联系起来。另一种观点认为，强制法“在证据、形成和分类方面有独特难题，不属于本专题范畴”。<sup>52</sup> 2012 年讨论该问题的国际法委员会多数成员和第六委员会多数代表认为，本专题最好不要包括强制法。

27. 为避免使本已复杂的专题更为复杂，<sup>53</sup> 特别报告员主要从务实角度出发，认为最好不要将此问题作为本专题的一部分加以审议。然而，如国际法委员会一些成员所述，这并不意味着不提及强制法规则，因为在特定情况下还会不时提及这些规则。

<sup>49</sup> 例如见 M.E. O'Connell, "Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms", in D.E. Childress III (ed.), *The Role of Ethics in International Law* (Cambridge University Press, 2012), 78, 83; M.W. Janis, "The Nature of Jus Cogens", *Connecticut Journal of International Law*, 3 (1988), 359, 360-361; G.J.H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 164; J. Vidmar, "Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?", in E. de Wet and J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), 13, 26; 以及 F. Domb, "Jus Cogens and Human Rights", *Israel Yearbook of International Law*, 6 (1992), 106. Murphy 先生在国际法委员会第六十四届会议上提及强制法时说，“它并非来源于任何单一的国际法渊源，而是对各种渊源的限制”；Tladi 先生也提出，“习惯国际法和条约法基于国家同意，而强制法……则基于别的东西” (A/CN.4/SR.3148, 第 8 和 10 页)。

<sup>50</sup> 例如见 M. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, 47(1976), 273, 282-284; G.I. Tunkin, "Jus Cogens in Contemporary International Law", *University of Toledo Law Review*, 3 (1971), 107, 116; M.N. Shaw, *International Law*, 6th edition (Cambridge University Press, 2008), 127; C.A. Bradley and M. Gulati, "Withdrawing from International Custom", *Yale Law Journal*, 120 (2010), 202, 212; R. Nieto-Navia, *International Peremptory Norms (Jus Cogens) and International Humanitarian Law* (2001), 可查阅 [www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf](http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf), pp. 11-12; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th revised edition (Routledge, 1997), 58; 以及 A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), 126.

<sup>51</sup> G.J.H. van Hoof, 前注 49, 见第 163-164 页 (“如何回答 ‘习惯国际法在确立强制法方面是否发挥重要作用’ 这个问题，也取决于以何种关于此渊源的概念作为出发点。如果一个人关于习惯的概念灵活，很可能认为习惯国际法是强制法的最佳渊源，因为他会认为习惯国际法产生对世界各国有约束力的一般国际法规则……。与此相对，如果一个人关于习惯的概念较严格，就可能得出相反结论；持这种观点的人会指出，当前国际社会结构造成国际法制定程序发生变化，因此对整个国际社会各国有约束力的国际法习惯规则已所剩不多，预计未来也将为数不多”)。

<sup>52</sup> A/CN.4/SR.3148, 第 8-9 页 (Murphy)。

<sup>53</sup> 例如，Tladi 先生对国际法委员会是否“能就强制法的各个方面达成一致”提出疑问；Park 先生则提出，此时审议强制法问题可能引出一大堆难题(分别见 A/CN.4/SR.3148, 第 10 页，以及 A/CN.4/SR.3150, 第 9 页)。另见 1993 年 A. Jacovides 关于国际法委员会应审议此专题的建议：《1993 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，第 213-220 页。

### 第三部分：习惯国际法作为国际法的渊源

#### 五. 习惯国际法及其与《国际法院规约》第三十八条所列其他渊源的

28. 国际公法是法律，<sup>54</sup> 而习惯国际法是该法律的渊源之一。<sup>55</sup> 这里的“渊源”系指正式渊源，<sup>56</sup> 即“使国际法规则的内容具有法律性质的渊源”。<sup>57</sup>

29. 《国际法院规约》第三十八条第一项被广泛认为是关于国际法渊源的权威论断，<sup>58</sup> 其内容如下：

“一. 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

(子) 不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者；

(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；

(卯) 在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。”

<sup>54</sup> 最近的一篇相关论文见 F. Mégret, “International law as law”, in J. Crawford and M. Koskeniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012), 64-92.

<sup>55</sup> 为保持国际法的权威，必须明确区分法律与非法律，也必须明确区分法律规则与非法律的原则和标准。“软法律”是一个意义不明确的词语，被说成更像是一个“流行语”。它大多用于描述被有意定为无约束力的规则。软法律不是法律(例如见 D. Thürer, “Soft Law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), 95-97; M.N. Shaw, 前注 50, 见第 117-119 页; 以及 S.D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West Publishing Company, 2012), 111-123。但是，软法律可能有助于形成习惯国际法; 此问题将在今后的报告中探讨。

<sup>56</sup> 国际法的正式渊源为“使国际法规则具有法律意义的过程”，而重大渊源“可定义为法律规则的政治、社会学、经济、道德或宗教来源”：A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), Marginal Note (MN) 111.

<sup>57</sup> I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester University Press, 1984), 2.

<sup>58</sup> A. Pellet, 前注 56, 见第 812-32 页, 旁注 209-249。就目前而言，不必辩论 1920 年制定的第三十八条第一项所列各项是否依然包含全部渊源：见 R. Wolfrum, “Sources of International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 10.

30. 《国际法院规约》第三十八条第一项丑款与《国际常设法院规约》第三十八条丑款相同。后者是由一个法学家咨询委员会于 1920 年为国际联盟理事会编写的。<sup>59</sup> 该法学家咨询委员会主席 Baron Descamps 原本提出的案文如下：

“二. 国际习惯，即各国接受为法律的国家间惯例。”<sup>60</sup>

关于该咨询委员会或国联理事会或大会对此规定的讨论情况，几乎没有记录。在 Root-Phillimore 计划中，此规定的原文为：“国际习惯，作为各国间所用常例之证明并经接受为法律者”。<sup>61</sup> 但是，起草委员会最终拟定了以下案文：“国际习惯，作为通例之证明，经接受为法律者”。<sup>62</sup> 该案文提交给国际联盟，仅经措辞上的改动后即获通过。<sup>63</sup> 1944/45 年拟定和通过《国际法院规约》时，似乎未予以讨论。<sup>64</sup>

31. 常有人说第三十八条第一项丑款“写得不好”。<sup>65</sup> 另一方面，也有人说“习惯国际法规则的形成有两个关键要素。《国际法院规约》第三十八条对这两个要

<sup>59</sup> 此前也曾试图解决此问题。具体而言，根据 1907 年 10 月 18 日《关于建立国际捕获法院公约(十二)》第七条(未批准)，该法院在不存在有效条约的情况下，应采用“国际法规则”，前提是这些规则是“公认的”：见 A. Pellet, 前注 56, 旁注 11-13。关于该咨询委员会的工作，见 O. Spiermann, “Who attempts too much does nothing well”: the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *British Yearbook of International Law*, 73 (2002), 187-260; 以及 O. Spiermann, “Historical Introduction”, in A. Zimmermann et al, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), MN 6-22。

<sup>60</sup> 法学家咨询委员会会议事录(1920), 306, 附件三。咨询委员会美国成员 Root 提出的案文除在“惯例”前添加“经承认”外，完全与此相同：344, 附件一。Descamps 说，习惯国际法“是制定[国际法]的一种非常自然而极其可靠的方法，因为它完全产生于不断表达的法律意见，也产生于各国相互交往过程中的需要”：322。

<sup>61</sup> 同上，548。

<sup>62</sup> 同上，567。

<sup>63</sup> 同上，680。在咨询委员会一读通过的案文中，该分段改为：“国际习惯，即通例之承认，经接受为法律者”。提交给国联的案文未保留这一改动。

<sup>64</sup> 第三十八条第一项丑款的谈判过程见 P. Haggemacher, “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale”, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 90 (1986), 5, 19-32; A. Pellet, 前注 56, 旁注 17-48; 以及 R. D. Kearney, “Sources of Law and the International Court of Justice”, in L. Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, Vol. II (Oceana Publications, 1976), 610-723。1950 年 Manley O. Hudson 回顾该谈判时说，此《规约》的起草人“并不明确是什么构成了国际习惯”：《1950 年年鉴》，第一卷，第 6 页，第 45 段。

<sup>65</sup> 例如见 J.L. Kunz, “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 47 (1953), 662, 664; 以及 K. Wolfke, 前注 41, 见第 3 页。Villiger 曾写道，“众所周知，这条规定有缺陷……。理由是法院不能应用习惯，而只能应用习惯法；而且第一款丑项将事情的顺序本末倒置，因为是经接受为法律的通例构成了习惯规则的证明”：M. E. Villiger, 前注 46, 见第 15 页。

素作了巧妙而简洁的表述”；<sup>66</sup> 而且“不能将《国际法院规约》第三十八条视为仅限于在法庭上发挥技术性作用的简单准则，而应视为关于法律形成方式的表述，尽管它并不完美”。<sup>67</sup>

32. 后来的文书经常提及或复述第三十八条第一项。<sup>68</sup> 虽然第三十八条第一项明确规定仅适用于国际法院，<sup>69</sup> 但普遍认为其界定的渊源也适用于其他国际法院和法庭，前提是服从于这些法院和法庭各自规约的具体规则。<sup>70</sup>

33. 在本专题下，有必要考虑习惯国际法与《国际法院规约》第三十八条第一项所列国际法其他渊源之间的关系，但就本意而言，本专题并非涵盖这些渊源。

34. 习惯国际法与条约之间的关系是本专题的一个重要方面，<sup>71</sup> 将在以后的报告中予以讨论。简言之，国际法的这两个渊源“你中有我”，相互作用，也许与

<sup>66</sup> D.J. Bederman, *The Spirit of International Law* (University of Georgia Press, 2006), 9, 33; 另见 A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), 116 (“《国际法院规约》第三十八条本身对国际习惯作了恰当限定，指出其为‘通例之证明而经接受为法律者’”)。

<sup>67</sup> S. Sur, *International Law, Power, Security and Justice: Essays on International Law and Relations* (Hart Publishing, 2010), 166; 另见 R.Y. Jennings, “The Identification of International Law”, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 3, 9。

<sup>68</sup> A. Pellet, 前注 56, 旁注 49-54。1928 年《和平解决国际争端总议定书》第二十八条(及 1948 年《总议定书(订正本)》第二十八条);《常设仲裁法院仲裁两国间争端的任择规则》第三十三条。有时我们会看到交叉引用《规约》第三十八条的情况: 例如 1982 年《联合国海洋法公约》第七十四和八十三条。另一些文书采用其他词语: 例如,《国际刑事法院罗马规约》第二十一条第一款第 2 项(“适用的条约及国际法原则和规则, 包括武装冲突国际法规确定的原则”);《非洲联盟法院议定书》第二十条第 1 款, 其中包括但扩充了国际法院的案文: 第二十条第 1 款(c)项与第三十八条第一项丑款完全相同。国际法委员会在工作中运用第三十八条第一项的情况见 1953 年《仲裁程序公约草案》第十二条(《1953 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 210 页), 以及 1958 年《草案》第十条(《1958 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 84 页)(这两个文书均以下列重要限定语开始: “如各方未就适用的法律达成一致”)。

<sup>69</sup> M. Forteau, “The Diversity of Applicable Law before International Tribunals as a Source of Forum Shopping and Fragmentation of International Law: An Assessment”, in R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 417, 420-421。

<sup>70</sup> 下文第九节。Thirlway 写道: “公认第三十八条所界定的渊源也适用于其他国际法庭”: R. Wolfrum and I. Gättschmann (eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (Springer, 2012), 313。关于《联合国海洋法公约》第二百九十三条所述“其他与本公约不相抵触的国际法规则”, Thirlway 写道: “未提出其他定义, 因此《国际法院规约》第三十八条便成为公认尺度”(同上, 第 314 页, 脚注 9)。

<sup>71</sup> 见 A/CN.4/659, 第三节 B。

本专题高度相关，因为普遍认为条约可能发挥以下作用：反映原有的习惯国际法规则；生成新规则，并作为新规则存在的证据；或者通过条约谈判过程，对新出现的习惯国际法规则具有厘清作用。<sup>72</sup> 使这一关系特别令人感兴趣的是，“当代的习惯国际法尽管不成文，但它日益与成文法有严格的对应关系”。<sup>73</sup> 还应牢记，习惯国际法“独立存在”，即便某条约中有与之完全相同的规则，也不例外。<sup>74</sup>

35. 有些人提出，条约现在是比习惯国际法更重要的国际法渊源。<sup>75</sup> 这种泛泛的说法既不特别有意义，也不一定准确。即便是在有广泛接受的“法律编纂”公约的领域，习惯国际法规则仍适用于公约未予规定的问题，<sup>76</sup> 也仍适用于同非缔约方的关系以及非缔约方之间的关系。<sup>77</sup> 习惯国际法规则还可能填补条约中可能

<sup>72</sup> 一般论述见 O. Schachter, “Entangled Treaty and Custom”, in Y. Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 717-738; B.B. Jia, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), 81-109; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar Publishing, 2012), 84; J.K. Gamble, Jr., “The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, 16 (1981), 305-319; K. Wolfke, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, in J. Klabbers and R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 31-39; G.L. Scott and C.L. Carr, “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), 71-94; M.E. Villiger, 前注 46; 以及 R.R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 *Recueil des Cours* (1970), 25-105。

<sup>73</sup> T. Treves, “Customary International Law”, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 2。

<sup>74</sup> 《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜进行的军事和准军事行动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)(案情实质)》，1986 年国际法院案例汇编，第 14 页，见第 94-96 页，第 177-178 段。

<sup>75</sup> “近几十年来，条约已取代习惯国际法成为最重要的国际法渊源……”：O. Dörr and K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), 11。

<sup>76</sup> 例如见《维也纳条约法公约》，序言部分最后一段；以及第四条(本公约不溯既往)。马顿斯条款是习惯国际法在有条约情况下仍具重要性的早期例证：J. von Bernstorff, “Martens Clause”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012)。1977 年《日内瓦四公约第一号附加议定书》将“文明国家间的惯例”一语改为“既定习惯”，该语还用于后来的一些公约：1980 年 10 月 10 日通过的《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用常规武器公约》，序言部分第 5 段；以及 2008 年 5 月 30 日通过的《集束弹药公约》，序言部分第 11 段。

<sup>77</sup> 例如，《维也纳条约法公约》仅直接适用于该公约缔约国之间的关系。关于条约法的习惯国际法规则适用于《维也纳条约法公约》非缔约国之间的关系，也适用于缔约国和非缔约方之间的关系：见 E.W. Vierdag, “The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention”, *American Journal of International Law*, 76 (1982), 779-801。

存在的空白，并有助于理解条约。<sup>78</sup> 在某项条约因管辖范围有限而无法应用的情况下，某国际法院也可能决定应用习惯国际法。<sup>79</sup>

36. 对习惯国际法同“一般法律原则”<sup>80</sup> 的区分也很重要，但这种区分在判例法和文献中并不十分明确。<sup>81</sup> 第三十八条第一项寅款将“一般法律原则为文明各国所承认者”列为与习惯国际法不同的国际法渊源。在判例法和各种著作中，有时认为这条规定不仅指各种国内法系通用的原则，也指一般国际法原则。在习惯国际法的标准不存在的情况下，国际法院自己也可能诉诸一般国际法原则。一名学者解释如下：

“国际法院相对经常地提及不属于国内法的原则。其原因至少在一定程度上在于第三十八条第一项丑款对习惯国际法作出的定义狭窄。如果象该条所述，将习惯视为‘作为通例之证明而经接受为法律者’，那么鉴于没有足够的惯例，几项不基于条约的国际法规则将不符合对习惯的定义。因此才提及原则或一般原则。”<sup>82</sup>

虽然很难抽象地区分习惯国际法同一般原则，但不论一般原则的范围如何，仍有必要确定在性质上需要基于各国实际惯例的规则。<sup>83</sup>

<sup>78</sup> 《维也纳条约法公约》，第三十一条第三款寅项；“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究小组的工作结论，结论(17)至(20)，(A/61/10)，第 251 段。另见 *Amoco International Finance Corporation v. Iran* (1987-II) 15 Iran-United States Claims Tribunal (USCTR) 222, para. 112; Baxter, 前注 72, 见第 103 页(“条约将继续对一般国际法的内容发生最重要影响。虽然所有国家均应明确承担成文条约规定的义务，但在解释这些文书方面仍需注意习惯国际法，而条约也会通过协议的应用而生成新的习惯国际法”)。

<sup>79</sup> 如《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜进行的军事和准军事行动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)》，前注 74, 见第 92-97 页，第 172-182 段。法院在第 97 页第 182 段中得出结论，认为“它应行使因美国宣布接受《规约》第三十六条第二项而赋予它的管辖权，即根据习惯国际法对尼加拉瓜的主张作出裁断，但其管辖权不包括与《联合国宪章》和《美洲国家组织宪章》相关的争端”。

<sup>80</sup> G. Gaja, “General Principles of Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012); A. Pellet, 前注 56, 旁注 250-269。

<sup>81</sup> “一般法律原则”的各种不同意义的例子见 O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), 50-55; 另见 B. Schlütter, *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), 71-86。关于在这方面要求作出明确区分的呼吁，见 B. Simma and P. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles”, *Australian Yearbook of International Law*, 12 (1988-1989), 82-108; N. Petersen, “Customary Law without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Law Creation”, *American University International Law Review*, 23 (2008), 275-310。

<sup>82</sup> G. Gaja, 前注 80, 第 18 段。

<sup>83</sup> J. Crawford (ed.), 前注 48, 见第 37 页。

37. 习惯国际法还应有别于国际行为体既不产生法律权利或义务、也不具备此种法律意义的行为。并非所有国际行为均有法律意义，例如礼让和礼遇行为或单纯的使用，即便是依传统而为，也不属于习惯国际法和本专题的范畴。<sup>84</sup>

38. 至少在现阶段，也许不必讨论应采用何种规则来形成和确定习惯国际法规则这个问题，例如不必讨论此类规则本身是否属于习惯国际法。<sup>85</sup> 但国际公法同任何法律体系一样，也必须有确定其法律渊源的规则。就目前而言，为确定这些规则，尤其可考察各国和各法院是用何种方式完成确定法律这项任务的。

## 六. 术语

39. 术语很重要。“习惯国际法”或“习惯国际法规则”<sup>86</sup> 似乎是与本专题有关的国际法渊源最常用的用语。<sup>87</sup> 有时会遇到“一般习惯国际法”这一用语，它通常有别于“特殊”或“区域”习惯国际法。<sup>88</sup> “普遍习惯国际法”一词可能意思相同。

<sup>84</sup> G.I. Tunkin, “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, *California Law Review*, 49 (1961), 419, 422; J. Crawford, 前注 48, 见第 23-24 页。

<sup>85</sup> 试比较关于条约法某些规则之性质的辩论，特别是关于“条约必须遵守”规则的辩论。就此，Sinclair 谈到“教条式的论点”，认为考虑这种论点“必然使我们进入有点抽象的领域”：I. Sinclair, 前注 57, 见第 2-3 页。另见 J. Kammerhofer, “Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems”, *European Journal of International Law*, 15 (2004), 523, 538-542。

<sup>86</sup> 1969 年《维也纳条约法公约》，序言部分第 8 段。《维也纳公约》第三十八条中出现了“国际法习惯规则”。本报告所用“规则”一词包括“原则”。正如国际法院某分庭（在海洋划界情况下）所述，“‘规则’与‘原则’之间的关系只不过是两个用语表达同一概念，因为在这种情况下‘原则’显然指的是法律原则，也就是说，它也包括国际法规则，在国际法规则中，使用‘原则’一词可能是合理的，因为原则具有更加通用、更加基本的特点。”（1984 年国际法院案例汇编，第 246 页，第 288 至 290 页，第 79 段）；Gaja 写道：“虽然司法判决或仲裁决定中没有详细阐述原则与规则之间的区别，原则一词的使用表示有关规范的一般性质。”（G. Gaja, 前注 80, 第 31 段）。

<sup>87</sup> “国际法”更古老的名词为“万国法”，这个名词决没有被淘汰：M. W. Janis, “International law?”, *Harvard Journal of International Law*, 32 (1991), 363-72; M. W. Janis, *America and the Law of Nations 1776-1939* (Oxford University Press, 2010); chapter 1 (“Blackstone and Bentham: The *Law of Nations and International Law*”); A. Clapham, *Brierly’s Law of Nations*, 7th edition (Oxford University Press, 2012), xiii-xiv。有人认为，考虑到这一领域的行为体日益增加，“万国法”这一名词更为适当，例如，P. Daillier, M. Forteau and A. Pellet, 前注 44, 见第 43-50 页。Blackstone 在 *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) 中用“万国法”一词指现称国际法的广义领域，既涵盖条约，也涵盖习惯国际法。然而，“万国法”一词有时被用来指条约以外的国际法。美国国会在 1789 年首项《司法机构法》（第 20 章，第 9 节，1 Stat. 73 (1789)）中，通过了一项规定，其中提到违反“万国法或美国条约”的事项。在这种意义上，“万国法”一词是现称“习惯国际法”一词的同义词，而不是一般国际法。正如 *Restatement (Third) of U. S. Foreign Relations Law* 第 111 节介绍性说明（1987 年）所述：“‘万国法’一词用于指规范国家间行为和国家对个人行为的某些方面的惯例规则和义务”。

<sup>88</sup> 不同国家在国内法中用来指习惯国际法的名词有很大差别。

40. 另外还会遇到“国际习惯法”这一用语，但它可能指“习惯法”的一个亚类，因此使人误解习惯国际法与有些国内法律系统中的习惯法之间的关系。

41. 习惯国际法通常被称为“国际习惯”或“习惯”，但在有些情况下这也可能使人误解。<sup>89</sup> 这些术语可能与习惯国际法形成方面的客观要素(惯例)混淆，其他经常混用的有关术语为“用法”和“惯例”。<sup>90</sup>

42. “一般国际法”一词很常用，<sup>91</sup> 但需要作出一些说明。<sup>92</sup> 国际法院和国际法委员会本身在各种各样的情况下使用这一名词，它有各种各样的意思。<sup>93</sup> 如果仅用该词指习惯国际法，可能令人困惑。该词的意思有时比一般习惯国际法广泛，比如习惯国际法加上一般法律原则和(或)广泛认可的国际公约。如果从上下文看不出该词的意思，就应当明确阐释其意图表达的具体意思。

43. 实际工作者和学者准确、一致地使用术语，有助于明确把习惯国际法当作一种法律渊源对待。特别报告员提议使用“习惯国际法”和“习惯国际法规则”这两个词。

44. 在一致使用术语方面存在的一个障碍是不同语言中有不同用法。随着本专题的工作继续进行，以联合国六种正式语文编写一份短短的术语表是有用的。除了“习惯国际法”一词之外，术语表里还可列入“国家惯例”、“惯例”、“用法”和“法律必要确念”。

45. 兹建议提出下列关于用语的结论，这些用语可随着本专题工作继续进行而发展。

<sup>89</sup> 尽管应该记得，“国际习惯”一词出现在《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款中。

<sup>90</sup> 另见 G. I. Tunkin, 前注 84, 见第 422 页(区分“用法”和“习惯”与“国际法习惯规范”); K. Wolfke, 前注 41, 见第 2 页(提到“与习惯国际法有关的术语用法不一致是众所周知的”, 并呼吁区分“国际习惯”与“惯例”、“习惯”或“用法”); C. Ochoa, “The Individual and Customary International Law Formation”, *Virginia Journal of International Law*, 48 (2007), 119, 125-129.

<sup>91</sup> 例如见《维也纳条约法公约》第五十三条和第六十三条(绝对法)。

<sup>92</sup> G. P. Buzzini, “La ‘généralité’ du droit international general: Réflexions sur la polysémie d’un concept”, *RGDIP*, 108 (2004), 381-406; G. P. Buzzini, *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume*, thesis, University of Geneva (2007); C. Tomuschat, “What is ‘general international law’?” in *Guerra y Paz: 1945-2009, Obra homenaje al Dr. Santiago Torres Bernardez* (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010), 329-348; and R. Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012).

<sup>93</sup> A/CN.4/659, 第三节 C。正如关于不成体系的研究报告所述,“对于[一般国际法]所表达的意思不存在任何得到充分表述或统一的理解。‘一般国际法’明显参照了一般习惯法以及《国际法院规约》第三十八条第一项(c)项所载的‘一般法律原则为文明各国所承认者’。但是,它也可能参照国际法本身的原则以及来自国内法的类似原则,尤其是法律程序原则(必须听取另一方之词、遇有疑义时应遵循从宽方针、禁止反言等等)。”(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1), 第 254 页。

2. 用语。为了本结论草案的目的：

(a) “习惯国际法”或“习惯国际法规则”是指《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款提到的国际法规则。

(b) [“国家惯例”或“惯例”……；]

(c) [“法律确念”或“法律必要确念”……；]

(d) ……

#### 第四部分：应考查的材料范围

46. 国际法委员会在就本专题开展工作的过程中，为了就习惯国际法规则的形成过程与证据得出结论，需考查相关材料。第四部分阐述应考查的材料范围。在此阶段，目的不是提出此类结论，这是以后的工作。

47. 下文介绍的材料如下：说明各国和其他政府间行为体态度的资料；国际法院及其他法院和法庭的判例法；国际法协会等其他机构的工作；公法学家的意见，特别是对习惯国际法形成与证据一般做法的意见。

### 七. 各国和其他政府间行为体的做法

48. 除了国内法院案例(下文第 83 至 85 段)之外，可公开获得的直接提及各国对习惯国际法形成与证据的态度的资料似乎较少。即便如此，仍可从各国针对特定问题发表的言论以及法院和法庭收到的书状中了解各国的做法。

49. 特别报告员继续寻找与国家做法有关的资料。国际法委员会在 2012 年报告中向各国提出的要求见上文第 4 段，这一要求迄今仅得到有限的答复。<sup>94</sup>

50. 从各个国际性法院和法庭收到的书状中可看出各国对习惯国际法形成与证据的态度，但必须记住这些书状为倡导模式。<sup>95</sup> 各国经常在此类书状中采取双要素的做法，既论述国家惯例，也论述法律确念，但各国偶尔也采取不同做法。<sup>96</sup> 这些书状往往提供很多国家惯例的证据。

<sup>94</sup> A/67/10, 第 29 段。

<sup>95</sup> P.-M. Dupuy, “La pratique de l’ article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales”, 收于《各国法律顾问、国际组织法律顾问和国际法领域从业人员论文集》(联合国出版物, 出售品编号: E/F/S/99.V.13), 377-94。

<sup>96</sup> 作为最近的一个例子, 见比利时诉塞内加尔案中比利时的书状, 包括比利时给格林伍德法官的补充答复, 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔), 国际法院法官在 2012 年 3 月 16 日举行的公开听讯结束时向当事方提出的问题: 口头和书面答复以及对这些答复的书面评论意见汇编, 2012 年 3 月 16 日至 2012 年 4 月 4 日, 第 24 和 25 页, 第 6 和 8 段。

51. 各国之间还往往以保密方式就习惯国际法规则交换意见，在交换意见时各国无疑还考虑此类规则如何出现和如何确定。<sup>97</sup> 交换意见可能是在联合国等国际组织和区域组织内部的法律顾问定期会议上以小组或双边方式进行的。

52. 从各国政府对编纂工作(特别是国际法委员会的编纂工作)的反应可以看出其做法。例如，红十字国际委员会 2005 年习惯国际人道主义法研究(下文第 82 段)引发的辩论罕有地暴露了一些国家对战争法这一特定领域的习惯国际法规则形成过程和证据的态度。美国政府在对该项研究首次作出的正式回应中表示，“普遍认为习惯国际法是从各国出于法律义务感或法律确念而遵守的普遍、一致惯例发展而来的”，并强调，此类法律存在的证据“在任何情况下都必须与国家惯例有关”。<sup>98</sup> 大不列颠及北爱尔兰联合王国表示，要想形成习惯国际法，“必须具备‘各国接受为法律的一般惯例’”；“总体上讲，确定一条习惯国际法规则是一个严格的过程”。<sup>99</sup>

53. 在调查习惯国际法的形成和确定的惯例时，其他政府间行为体的做法，特别是联合国等国际组织的做法，可能也很有价值。<sup>100</sup> 可在任意拘留问题工作组提交人权理事会(A/HRC/22/44)的报告中找到最近的 2 个例子。该报告提到，“近乎普遍的国家惯例”再加上法律确念，是说明“禁止任意剥夺自由的规定具有习惯法性质”的证据；<sup>101</sup> 秘书长 2010 年 5 月 31 日船队遇袭事件调查小组报告中题为“适用的国际法律原则”的一节指出，“习惯具有法律效力；在有关国家，如果习惯反映国家一般惯例，而且国家承认该一般惯例已成为法律，则习惯即对这些国家具有约束力(称为法律确念要求)”。<sup>102</sup>

<sup>97</sup> 见《伦敦原则声明》，第 8 段：“其中很多[各国如何确定这一法律]是在保密和公务保密的基础上进行的，因此有时不可能引述具体章节”；D. Bethlehem, “The Secret Life of International Law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 23(2012) 见第 34 页(提到“大部分全然不为外界所知的整套专门惯例”)。

<sup>98</sup> J. B. Bellinger and W. J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, 89(2007), 443, 444.

<sup>99</sup> 外交和联邦事务部法律顾问，2005 年 7 月 20 日在内罗毕举行的英联邦国家国际人道主义法国家委员会会议上的讲话：《英国国际法年鉴》，76(2005) 694-5。另见欧洲联盟促进遵守国际人道主义法的最新准则，(2009/C 303/06)，第 7 节，其中指出，习惯国际法的定义是“由各国接受对其具有约束力的惯例形成的”国际法渊源。

<sup>100</sup> G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001); and J. Vanhamme, “Formation and enhancement of customary international law: the European Union’s contribution”, 39(2008) *Netherlands Yearbook of International Law* (NYIL) 127-154.

<sup>101</sup> A/HRC/22/44, 第 17 和 18 页，第 43 段。

<sup>102</sup> 秘书长 2010 年 5 月 31 日船队遇袭事件调查小组报告，附录一，2011 年 9 月，第 76 页，第 3 段(参考资料省略)。

## 八. 国际法院判例法

54. 国际法院及其前身常设国际法院的判例法对于国际法委员会就本专题所做的工作将具有重大意义。国际法院在习惯国际法方面的主要职责是，确定和适用案件裁决所必需的习惯规则。<sup>103</sup> 国际法院的判决(包括个别意见和反对意见)较好地说明了对习惯国际法的形成与证据所采取的一般作法(“‘什么是’成为‘必须是’”),<sup>104</sup> 包括这些进程的具体方面的情况。

55. 国际法院按照《规约》第三十八条第一项(丑)款“履行其完全正常的职能，评估国家惯例和法律确念的各项要素……这可反映习惯法规则的发展”。<sup>105</sup> 通过研究国际法院经常适用这一条款的情况，能从总体上了解国际法院如何处理这个问题。下文所提到的判决表明，国际法院如其前身，一直明确认为，习惯国际法是通过与法律确念相伴的国家惯例形成的。

56. 在*Lotus*案中，常设国际法院指出，国际法产生于国家的自由意志，这种意志体现于公约或“被普遍认为表现了法律原则的惯例”之中。<sup>106</sup> 这强调了习惯国际法两个构成要素之间的区别，强调只有这两个要素同时存在才能确认此类法律的存在：

“即使在所报告的案件中罕见的司法裁决足以证明实际情形……这也只会表明，各国常常在实践中放弃刑事诉讼，而不是它们认为自己有义务这样做；因为只有此种放弃行为是基于它们意识到有责任放弃，才有可能称得上国际习惯。”<sup>107</sup>

57. 国际法院关于习惯国际法规则的形成与证据程序的经典陈述见诸于北海大陆架案：

“虽然时间过去不久，但时间的短暂不一定是在原为纯粹的传统规则的基础上形成新的习惯国际法规则的障碍，或者说，时间的短暂本身不会成为这样

<sup>103</sup> 法院没有发展法律的职能，但有时可能必须这样做，以避免宣布案情不明。另一个问题，即国际性法院和法庭在习惯国际法的形成方面的作用问题将在下一份报告中阐述；关于这一问题的最近一篇文章，见 H. Thirlway, “Unacknowledged Legislators: Some Preliminary Reflections on the Limits of Judicial Lawmaking”, in R. Wolfrum, I. Gätzschmann(eds.), *International Dispute Settlement: Room for Innovations?*(Springer, 2012), 311-324。

<sup>104</sup> 《关于通过印度领土之权利的案件(葡萄牙诉印度)(案情)，1960年4月12日判决，1960年国际法院案例汇编》，第6页，见第82页(Armand-Ugon法官的反对意见)。

<sup>105</sup> 《核试验(澳大利亚诉法国)，判决，1974年国际法院案例汇编》，第253页，见第367页，第112段(奥尼耶亚马、迪拉德、希门尼斯·德阿雷查加和沃尔多克法官的共同反对意见)。

<sup>106</sup> SS “*Lotus*”案(法国诉土耳其)，1927年常设国际法院(*ser. A*)第19号，第18页。

<sup>107</sup> 同上，第28页。

的障碍。尽管如此，一个不可或缺的条件是，国家实践，包括那些利益特别受到影响的国家的实践，就所援引的条款而言，本应是广泛而且基本上是统一的；此外，其发生方式也表明，所涉法律规则或法律义务得到普遍承认。

在这方面，基本要点是……似乎有必要强调，即使《公约》非缔约国采取的行动的实例远多于实际情况，但就其总体而言，本身仍不足以构成法律确信；因为为了取得这一结果，必须满足两个条件。不仅有关行为必须构成既定惯例[法文文本为*une pratique constante*]，还必须是以特定形式进行，能证明这样一种信念：这一实践是由于存在法律规则而具有强制性。这样一种信念的必要性，即主观因素的存在，包含在法律必要确念的概念中。因此，有关国家必须感知，它们是在遵守一项法律义务。有关行为的频率，甚至习惯性本身并不够。有许多国际行为，例如礼仪和礼宾方面的行为，几乎无一例外地进行，但其仅仅是出于礼貌、便利或传统，而不是法律责任感。”<sup>108</sup>

58. 国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动一案中重申了这一点，其中指出，为考虑应适用哪些习惯国际法规则，它“不得不把注意力转向国家实践和法律确信”，<sup>109</sup> 即：

“……如北海大陆架案所示，若要形成新的习惯规则，不仅有关行为必须构成既定惯例，还必须伴随有法律必要确信。采取此类行动的国家或能够对此类行动做出反应的其他国家，必须使自己的行为是以下列形式进行：‘证明这样一种信念：这一实践是由于存在法律规则而具有强制性。这样一种信念的必要性，即主观因素的存在，包含在法律必要确念的概念中。’”<sup>110</sup>

59. 国际法院在其对大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)的判决中，将“国家的具体实践”称之为“表达或创造了习惯规则”。<sup>111</sup> 在缅因湾案中，国际法院的一个分庭认为，习惯国际法“包括一套确保国际社会成员共存和重要合作的有限准则，以及一套习惯法规则，后者存在于国家法律确信之中，这可以根据对足够广泛和令人信服的惯例进行的分析推理，而不是靠减除先入为主的想法得到验证”。<sup>112</sup>

<sup>108</sup> 《北海大陆架案(德意志联邦共和国/丹麦；德意志联邦共和国/荷兰)，判决，1969年国际法院案例汇编》，第3页，见第43-44页，第74，77段。

<sup>109</sup> 《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决，1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第97页，第183段。

<sup>110</sup> 同上，第207段。

<sup>111</sup> 《大陆架案突尼斯/阿拉伯利比亚民众国》，判决，1982年国际法院案例汇编》，第18页，见第46页，第43段。

<sup>112</sup> 《缅因湾区域海洋边界划界(加拿大/美利坚合众国)，判决，1984年国际法院案例汇编》，第246页，见第299页，第111段。国际法院没有在后来的判例中提到这些类别突出的习惯国际法。特雷韦斯指出，在这一陈述中，“法院因此似乎区分正常的习惯法规则，对于此类规则无需寻找客观和主观因素”；见特雷韦斯，前注73，第19段。

60. 在对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见中，国际法院在一开始谈到习惯国际法时指出，“正如本法院所指出的那样，必须‘通过国家的具体实践和法律确信寻求’该法的实质”（大陆架（阿拉伯利比亚民众国/马耳他），判决书，1985年国际法院案例汇编，第29-30页，第27段。）<sup>113</sup> 国际法院后来在咨询意见中指出了“通过国家惯例发展而来”的习惯规则的存在。<sup>114</sup>

61. 国际法院最近宣布的基本方法载于德国诉意大利案，其中指出：

“因此，国际法院必须根据《规约》第三十八条一项(丑)款确定‘国际习惯作为证据已被接受为法律的通例’的存在……为此，国际法院必须适用它一再规定的用于确定习惯国际法规则的标准。特别是，正如国际法院在北海大陆架案中明确指出的那样，要确定习惯国际法规则的存在，必须具备‘既定惯例’以及法律确信。此外，国际法院还指出，

“当然，不言而喻，尽管多边公约可以在记录和界定源于习惯的规则方面或在发展这些规则方面发挥重要作用，但习惯国际法中的材料还是主要在具体惯例和各国的法律确信中寻找。”（大陆架案（阿拉伯利比亚民众国/马耳他），判决书，1985年国际法院案例汇编，第29-30页，第27段。）<sup>115</sup>

62. 可以说，在国际法院的判例法中确定习惯国际法的特定规则的主要办法有两个，当然，这样说可能过于简单化。在一些情况下，国际法院未经详细分析即认定习惯国际法存在(或不存在)。<sup>116</sup> 这可能是因为有关事项被认为是显而易见的(例如，因为它是基于国际法院以往的判定<sup>117</sup> 或基于国际法院所认为的无可

<sup>113</sup> 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996年国际法院案例汇编》，第226页，见第253页，第64段。

<sup>114</sup> 同上，第256页，第75段。

<sup>115</sup> 国家管辖豁免(德国诉意大利；希腊参加诉讼)，判决，2012年2月3日，第55段。

<sup>116</sup> 梅龙提到这一办法是对习惯国际法较松动的办法，而不像“传统办法”对证据进行详细论述：梅龙，前注34，见第31页。

<sup>117</sup> 例如见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，第245页，第41段；《加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，判决，1997年国际法院案例汇编》，第7页，见第38页，第46段；梅龙，同上。（“国际法院和其他国际性法院在处理每宗案件时越来越多地依赖先例，而不是对相同的原则的习惯法地位反复进行详细分析”）；G. Boas，前注72，第84-86页，第91-93页。可以提出的问题是(包括委员会在本专题的范围内)，在多大程度上由一个法庭在某一时间(有时是在几十年前)确定的习惯国际法规则，意味着该法庭或其他法庭可以仅仅依靠这一认定；另见前注41。关于“如果一个国际法庭援引并适用另一个法庭以前宣示的习惯国际法，而未探究有关宣示的依据，就等于间接违反了习惯”。见B. Chigara，“International Tribunal for the Law of the Sea and Customary International Law”，*Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*，22(2000)，433，450。

质疑的法律)。一些例子可见于国际法院 2012 年 11 月 19 日对尼加拉瓜诉哥伦比亚案的判决。<sup>118</sup> 在其他情况下，国际法院则对国家惯例和法律确信进行了更详细的分析，以确定习惯国际法规则是否存在。国际法院 2012 年 2 月 3 日对德国诉意大利案的判决<sup>119</sup> 说明了这一办法。后几个案例尤其有助于说明国际法院对习惯国际法的形成与证据所采取的方法。<sup>120</sup>

63. 在大量案件中，国际法院触及了习惯国际法规则的形成和确定过程的具体方面，涉及本专题下的许多问题，其中最主要的是国家惯例和法律确信要素的性质及条约与习惯国际法之间的关系。尽管这些案例无法提供完整的答案，但提供了宝贵的指向。在就这一专题的具体方面进行讨论时，将在今后的报告中对判例法加以详细阐述。

64. 在文献中得到普遍认可的是，国际法院通过判例提升了习惯国际法的作用，并澄清了一些方面的问题。<sup>121</sup> 与此同时，评论员指出，对于习惯国际法规则的形成和确定方式问题，国际法院迄今只提供了有限的指导，“明显倾向于指出习惯

<sup>118</sup> 领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚)，2012 年 11 月 19 日的判决、第 37 段。(“尼加拉瓜认为，QS 32 不能被视为习惯国际法中定义的岛屿，因为它是由珊瑚碎片组成的，这是毫无根据的……QS 32 面积很小这一事实并无关系，因为国际法没有规定一地貌被视为岛屿应具备的最小尺寸。”)；第 118 段(“本法院认为，《海洋法公约》第 76 条第 1 款所载的大陆架定义构成习惯国际法的一部分。”)；第 138 段(“各方……一致认为，《海洋法公约》几项最重要的规定反映了习惯国际法。尤其是，它们一致认为，关于划定专属经济区和大陆架的第 74 和 83 条及关于岛屿法律制度的第 121 条可被视为宣示了习惯国际法。”)；第 139 段(本法院因此认为，《海洋法公约》第 121 条所载的岛屿法律制度构成不可分割的制度，全部(“如哥伦比亚和尼加拉瓜所承认)具有习惯国际法的地位。”)；第 177 段(“当今的国际法确定了领海的宽度，沿海国有权将其确立为 12 海里。《海洋法公约》第 3 条的规定反映了习惯国际法在这一点上的现状。”)；第 182 段(“本法院认为，本条款[《海洋法公约》第 13 条——低潮高地反映了习惯国际法]卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题(卡塔尔诉巴林)，判决，2001 年国际法院案例汇编，第 100 页，第 201 段。”)。

<sup>119</sup> 前注 115。

<sup>120</sup> 另见使用判例法来确定是否存在习惯国际法规则，例如，国际法院最近提到“习惯国际法反映在本法院、国际海洋法法庭(海洋法法庭)及国际仲裁法院和法庭的判例法：领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚)、2012 年 11 月 19 日的判决，第 114 段(和上文注 117)。一位来文人提出，国际法院宣示习惯国际法的存在有另一种方法：默示承认，即“法院认为一项国家实践或条约规定具有习惯性，但不明确宣布关于其性质”(见 A. Alvarez-Jiménez, “Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice’s Jurisprudence: 2000-2009”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 681, 698-703)。

<sup>121</sup> 例如见 Danilenko, 前注 10, 第 80 页; A. Cassese, “General Round-Up”, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 166。

规则的存在,而不是证明其存在”,<sup>122</sup>并最终采取的是相当灵活的办法。<sup>123</sup>还

<sup>122</sup> A. Pellet, “Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Law-Making”, in M.H. Arsanjani et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 1065, 1076 (referring to “a mysterious and empirical alchemy which leads the Court to ‘discover’ a rule before applying it in a concrete case”). 另见 J.I. Charney, “Universal International Law”, *American Journal of International Law*, 87(1993), 529, 537-38; J. P. Kelly, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40(2000), 449, 469; K. Skubiszewski, “Elements of Custom and the Hague Court”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, 31(1971), 810, 853; T. Treves, 前注 73, 第 21 段; R. H. Geiger, “Customary International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice: A Critical Appraisal”, in U. Fastenrath et al.(eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*(Oxford University Press, 2011), 673, 692; W.W. Bishop, 147 *Recueil des Cours* (1965), 147, 220; A. D’Amato, “Trashing Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 81(1987), 101; G.L. Scott and C.L. Carr, “The International Court of Justice and the Treaty/Custom Dichotomy”, *Texas International Law Journal*, 16(1981), 347, 353; 梅龙, 前注 34, 第 30 页; J. Ferrer Lloret, “The unbearable lightness of customary international law in the jurisprudence of the International Court of Justice: the *Jurisdictional Immunities of the State case*”, available (in Spanish) at *Revista Electronica de Estudios Internacionales*(www.reei.org); M. Hagemann, “Die Gewohnheit als Völkerrechtsquelle in der Rechtsprechung des internationalen Gerichtshofes”, *Annuaire Suisse de Droit International*, 10(1953), 61-88.

<sup>123</sup> E. Jiménez de Aréchaga, “Custom”, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*(Walter de Gruyter, 1988), 2-3(我个人认为,国际法院对国际法逐渐发展作出的最重要的贡献在于其就渊源(特别是关于习惯国际法的渊源)问题采纳的法理概念的灵活性); E. Benvenisti, “Customary International Law as a Judicial Tool for Promoting Efficiency”, in E. Benvenisti and M. Hirsch(eds.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives* (Cambridge University Press, 2004), 85-116(建议法院法官“作为解释神秘的‘习惯’的圣贤”,在“实现跳跃能产生效率更高的规范时”可以发明习惯国际法); F. Orrego Vicuña, 前注 48, 第 25-6 页(“国际法院……在最近时期内在处理习惯法时没有沿循一贯做法……法院似乎根本不是坚持某一理论,而是无论何时何处,法院只要认为有必要或更方便确定某一习惯规则,即确立这样的规则,或超越条约规则”); I. MacGibbon, “Means for the Identification of International Law: General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity”, in B. Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens, 1982), 21(“一个难以避免的印象是,国际法院用相当宽泛、相当自由的画笔来勾画国际习惯领域的规则”); R. H. Geiger, 前注 122, 第 673, 674 页(“国际法院公布的具体习惯规则的确立标准与实际作法大不相同”); R. B. Baker, 前注 48, 见第 178-79 页(指出法院在 1960 年代末和 1970 年代初“通过一系列新的——甚至革命性的——意见,为“重新思考习惯国际法的传统渊源(国家惯例和法律确信)”奠定了理论基础); R. Mullerson, “On the Nature and Scope of Customary International Law”, *Austrian Review of International and European Law*, 2(1997), 341, 353(认为,法院承认习惯国际法的决定的背后经常是规范性的主张); O. Yasuaki, “Is the International Court of Justice an Emperor Without Clothes?”, *International Legal Theory*, 81(2002), 1, 16(“国际法院以高度灵活的方式利用习惯国际法概念……使国家惯例与法律确念的区分变得很模糊”); F.L. Kirgis, Jr., “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, 81(1987), 146-151(表示这一规范或议题对于国际法院确定习惯规则的工作十分重要;当某一规范对稳定起破坏作用或在道义上有问题时,即宣布确认限制性的习惯); B. Schlütter, 前注 81, 第 122, 168 页(“国际法院关于习惯的判例法并非始终一致,似乎不是始终沿循关于习惯国际法的不同理论所设想的一个总体概念……法院对于习惯国际法的形成没有单一做法”)。

有人指出，在使用习惯国际法术语或在区分习惯国际法和一般法律原则方面，国际法院并不总是前后一致。<sup>124</sup>

65. 最近，国际法院院长在阐述法院对习惯国际法所采取的办法问题时说：

“……各位学者提请大家注意在国际法院的现代实践中普遍使用一般性规则陈述的现象，这是对的，尽管他们坚持将这一发展理论化，因此走得太远。事实上，国际法院从未放弃自己牢牢扎根于《规约》措辞之中的观点，即习惯国际法是”被接受为法律的通例——也就是说，按最近一宗案件的话说，“要确定习惯国际法规则的存在，必须具备‘既定惯例’以及法律确念’。然而，在实践中，国际法院从来不认为有必要针对某一特定案件中据称属于习惯性的每一条规则进行这样的调查，而是利用最佳和最快捷的现有证据，确定是否存在此种习惯规则。有时，这需要对习惯要件本身进行直接审查，而更多的时候只需依靠经过审议的各国和国际法委员会等机构所表达的意见，以认定习惯法规则是否存在，其内容是什么，或者至少将以书面形式明确表达的规则作为要点，以此来框定和指导对习惯要件的调查。”<sup>125</sup>

## 九. 其他法院和法庭的判例法

### A. 其他国际性法院和法庭

66. 国际海洋法法庭、各个国际刑事法庭和国际化刑事法庭、世界贸易组织争端解决机构、国家间仲裁法庭、其他特别法庭等国际性法院和法庭的判例法对于本专题可能很有价值。有关判例法将在涉及习惯国际法的形成和证据的今后报告中述及。本报告举例说明涉及哪些法院和法庭、其采用的一般方法以及判例法中蕴

<sup>124</sup> 例如见 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2<sup>nd</sup> edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), pp. xv-xvii, 8; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, revised edition (Grotius Publications, 1982), 393; K. Skubiszewski, 前注 122, 第 812 页; M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), 63, 64 (指出，法院“经常没有具体说明它采用的规则的渊源……[除非所涉规则的有效性直接来自某一条约]，法院经常只是声称某一规则是‘公认的国际法规则[或原则]’或用其他一些含糊的用词说明之，而不确定此规则是否来自习惯、‘文明各国所承认’的‘一般法律原则’、某其他渊源或各种渊源的组合”)；D. Bodansky, “Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms”, in M.H. Arsanjani et al (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 119, 122 (“虽然《规约》将一般原则与习惯加以区分，但国际法院甚至在其裁决中也不始终作此区分”)。

<sup>125</sup> P. Tomka, in “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe-19-20 September 2012”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013) (待出版)。

藏的大量丰富的材料。<sup>126</sup> 有一点十分明显。尽管这些法院和法庭的具体工作内容不同,总体来说它们在相当程度上依赖国际法院的做法和判例法,包括国家惯例和法律确念这两个要素的构成作用。

67. 国际海洋法法庭可能(除《联合国海洋法公约》以外还)适用“其他与公约不相抵触的国际法规则”,<sup>127</sup> 该法庭只有限援引习惯国际法。在确定一项规则已取得国际习惯法地位时,法庭主要依靠国际法院的判决。<sup>128</sup> 法庭还参照其他国际性法院和法庭的结论<sup>129</sup> 和国际法委员会的工作。<sup>130</sup> 在一个案件中,法庭依赖“越来越多的国际条约和其他文书”,认定已经出现“将[预防]方法纳入习惯国际法的趋势”。<sup>131</sup> 法庭还表示,国家惯例和判例法对于确定适用的“一般规则”的存在或法律概念或法律规则的解释是有用的。<sup>132</sup>

68. 前南斯拉夫问题和卢旺达问题特设国际刑事法庭在确立其管辖权时常常借助于习惯国际法。<sup>133</sup> 在这样做时它们均认为,如下所示,习惯国际法规则的形成需要国家惯例和法律确念,确认这样的规则一般需要考查这两个要素。这种做法被认为是法庭应充分注意合法性原则(法无明文不为罪)的义务所要求的,这一

<sup>126</sup> 引用这些判例是为了说明它们对习惯国际法的形成和证据所起的作用,不应被视为是赞同任何具体的实质性意见。

<sup>127</sup> 《联合国海洋法公约》,第二九三条第1款。法庭明确指出,《公约》一些条款默示参照了习惯国际法规则,例如见《孟加拉湾的海洋划界(孟加拉国诉缅甸)》,判决,《国际海洋法法庭2012年报告》,第183段。

<sup>128</sup> “SAIGA”号轮(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)一案,判决,《海洋法法庭1999年报告》,第10页,第133-134段;《担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务》,(海底争端分庭)咨询意见,2011年2月1日,《国际海洋法法庭2011年报告》,第10页,第57、147-148、169、178段。

<sup>129</sup> 《担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务》,(海底争端分庭)咨询意见,2011年2月1日,《国际海洋法法庭2011年报告》第10页,第57段(提及几内亚和几内亚比绍之间的海洋划界问题仲裁法庭和世界贸易组织上诉机构)、第178段(提及彩虹勇士号仲裁法庭)和第194段(提及常设国际法院)。

<sup>130</sup> 同上,第169、178、182、194和210段;“SAIGA”号轮(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)一案,判决,《海洋法法庭1999年报告》,第10页,第171段。

<sup>131</sup> 《担保个人和实体从事区域内活动的国家所负责任和义务》,2011年2月1日,《国际海洋法法庭2011年报告》,第10页,第135段。

<sup>132</sup> 见孟加拉湾的海洋划界(孟加拉国诉缅甸)一案,判决,《海洋法法庭2012年报告》,第147、150段;“SAIGA”号轮(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚),立即释放,判决,《国际海洋法法庭1997年报告》,第16页,第57段。

<sup>133</sup> 关于在一般国际刑事诉讼中援引习惯国际法作为法律渊源,见例如 D. Akande, “Sources of International Criminal Law”, in A. Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), 41, 49-51; and R. Cryer et al., *An Introduction to Criminal Law and Procedure*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2010), 11。在审查国际刑事法院和法庭——国际刑事法院和各特设法庭——的判例法时,应始终意识到,国家很少直接是当事方。

义务要求“习惯国际法可以提供一个稳妥的定罪依据，但必须认真小心地确认，在犯罪实施时，该法律原则已然确立，以便行为人应可确定他应服从的规则”。<sup>134</sup> 但是一些人认为，“国际刑法中的习惯国际法不同于传统国际法中的习惯国际法”，<sup>135</sup> 法庭的判例往往显示“从以实践为导向的习惯向更主要是对习惯法形成过程的人道主义解释的转变”。<sup>136</sup> 然而另一些人认为，“认为国际刑事法庭的判例创建了一种新的习惯形式，使国家惯例和法律确信不再是习惯形成所不可或缺的，这种观点是十分错误的”。<sup>137</sup>

69. 起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭(前南问题国际法庭)在确定与其所审理的罪行及所涉诉讼程序有关的国际法时，常常依靠习惯国际法。为此，该法庭曾多次表示，要认定某条法律原则享有习惯国际法的地位，就必须同时具备国家惯例和法律确信。例如在检察官诉Hadžihasanović一案中，上诉分庭指出，“要认定一条原则是习惯国际法的一部分，就必须有国家惯例根据支持这一原则的法律确信认可这一原则”，<sup>138</sup> 同样，在检察官诉Delalić一案中，审判分庭明确提及“这一习惯法的证据——国家惯例和法律确信的存在”。<sup>139</sup> 因此，例如，在检察官诉Aleksovski一案中，

<sup>134</sup> T. Meron, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 99(2005), 817, 821.

<sup>135</sup> W. Schabas, 前注 33, 第 101 页; 另见: R. B. Baker, 前注 48, 第 175、184-186 页; L. van den Herik, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, in S. Darcy and J. Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (Oxford University Press, 2010), 80-105; C. Stahn and L. van den Herik, “Fragmentation, Diversification and 3D Legal Pluralism: International Criminal Law as the Jack-in-the-Box?”, in L. van den Herik and C. Stahn (eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 21, 63; B. Van Schaack, “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, *Georgetown Law Journal*, 97(2008), 119, 165; and I. Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, *International Criminal Law Review*, 6(2006), 121-136.

<sup>136</sup> G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford University Press, 2006), 18.

<sup>137</sup> G. Boas, 前注 72, 第 90 页。

<sup>138</sup> IT-01-47-AR72 号案件, 《关于质疑与指挥责任有关的管辖权的中间上诉的决定》, 2003 年 7 月 16 日, 第 12 段。

<sup>139</sup> IT-96-21-T 号案件, 1998 年 11 月 16 日的判决, 第 302 段(和第 256 段)。另见例如沙哈布丁法官在检察官诉 Furundžija 一案的上诉分庭判决中的声明, 其中指出, “如问题是习惯国际法中是否已出现一项规范……则有必要考查习惯国际法在这一问题上的演变过程, 当然这一考查必须根据有关这一演变的原则进行”, 沙哈布丁法官在此是指“为表明是否一项新的习惯规范已在国家实践普遍形成一致的基础上形成”, 其后他又指出, 这项调查必须是“系统性的”(IT-95-17/1-A 号案件, 2000 年 7 月 21 日, 第 257-258、262 段)。另一个例子出现在检察官诉 Erdemovic 一案中的 McDonald 法官和 Vohrah 法官的联合个别意见中: “国际法院在北海大陆架案中权威性地重申, 一项规则要进入习惯国际法, 就必须存在有法律必要确信支持的广泛一致的国家惯例”(IT-96-22-A 号案件), 上诉分庭 1997 年 10 月 7 日的判决, 第 49 段。

上诉分庭认为，如果没有“国家惯例的证据表明在习惯国际法内发展形成了”关于对违反战争法或战争惯例的行为需要证明其歧视意图的要求，则这一规则不成立。<sup>140</sup> 在检察官诉塔迪奇一案中，上诉分庭断定，“对于所有危害人类罪，习惯国际法不要求有歧视意图”。上诉分庭在作出这一决定时，提到“对有关惯例的仔细考查”。<sup>141</sup>

70. 然而有时，即便这两个要素(特别是国家惯例)没有牢固确立，法庭各分庭也愿意承认习惯国际法规则已经出现。在检察官诉Kupreškić一案中，审判分庭明确断言，“甚至在国家惯例很少或不一致的情况下，国际人道主义法原则也可在人道要求或公共良知要求的压力下，通过习惯过程出现。另一个要素——由人道要求或公共良知要求所形成的必要确信，可能成为预示人道主义法一般规则或原则的出现的决定性因素”。<sup>142</sup> 在另一些案件中，各分庭没有始终对国家惯例和法律确信进行大量分析(也没有对它们进行区分)，<sup>143</sup> 而仅仅是引用法庭以往的决定。<sup>144</sup>

71. 起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内灭绝种族和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭(卢旺达问题国际刑事法庭)同样多次援引习惯国际法，由此表明似乎法庭和控辩双方均承认，用上诉分庭在Rwamakuba诉检察官一案中的话说，“习惯国际法的规范的特征是必须有国家惯例和法律确信这两个熟悉的构成部分”。<sup>145</sup> 沙哈布丁法官在其就Gacumbitsi诉检察官

<sup>140</sup> IT-95-14/1-A号案件，2000年3月24日的判决，第23段。

<sup>141</sup> IT-94-1-A号案件，1999年7月15日的判决，第287-292段。另见：检察官诉Naletilić和Martinović一案，IT-98-34-A号案件，2006年5月3日的判决，朔姆堡法官的个别部分反对意见，第15段；检察官诉Kordić和Čerkez一案，IT-95-14/2-A号案件，2004年12月17日的判决，第66段；检察官诉Kunarac等人一案，IT-96-23号和IT-96-23/1-A号案件，2002年6月12日的判决，第98段(脚注114)；检察官诉Galić一案，IT-98-29-A号案件，2006年11月30日的判决，第86-98段，以及朔姆堡法官的个别部分反对意见，第7-21段。

<sup>142</sup> IT-95-16-T号案件，2000年1月14日的判决，第527段。另见A. Zahar, “Civilizing Civil War: Writing Morality as Law at the ICTY”, in B. Swart, A. Zahar and G. Sluiter, *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (Oxford University Press, 2011), 469-505。

<sup>143</sup> 例如见塔迪奇案，前注141，第109(脚注129)、303段；Delalić案，前注139，第452-454段；检察官诉Kordić和Čerkez一案，前注141，第52-54段；另见检察官诉Galić一案，前注141，沙哈布丁法官的个别意见，第5段。

<sup>144</sup> 例如见：检察官诉Naletilić和Martinović一案，IT-98-34-T号案件，2003年3月31日的判决，第228、250、336段；检察官诉Blaskić一案，IT-95-14-A号案件，2004年7月29日的判决，第145-148、157段；检察官诉Kunarac等人一案，IT-96-23-T和IT-96-23/1-T号案件，2001年2月22日的判决，第466-486段。

<sup>145</sup> ICTR-98-44-AR72.4号案件，关于就对灭绝种族罪适用共同犯罪事业的问题提出的中间上诉的决定，2004年10月22日，第14段。

官案(上诉分庭)提出的个别意见中在谈到共同主犯的概念时也明确谈及这一问题。他认为,“由于一些国家奉行一种理论,而另一些国家奉行另一种理论,所需的国家惯例和法律确念可能不存在,因此两种理论都无法成为习惯国际法”。<sup>146</sup>梅龙法官在他在Nahimana等人诉检察官案(上诉分庭)中提出的部分反对意见中指出,在“各国尚未形成共识时,显然就没有习惯国际法规范”。<sup>147</sup>法庭在提及确定习惯国际法规则的存在与否的证据时,一般不明确说明这类材料是否是国家惯例或法律确念(或两者)的证据。<sup>148</sup>

72. 在一些案件中,法庭在决定习惯国际法规则是否已经出现时避免进行大量分析,而是依靠其他司法机构的考查和判决。例如在Nahimana等人诉检察官案中,上诉分庭指出,关于直接和公开煽动实施种族灭绝只有在有关行为事实上已经发生的情况下才应予处罚的立场“不反映在此问题上的习惯国际法”,上诉分庭的这一观点只是参考了国际法委员会在《危害人类和平及安全治罪法草案》中的解释性说明。<sup>149</sup>另外在检察官诉Akayesu案中,审判分庭认为,“《灭绝种族罪公约》无可否认地被视为习惯国际法的一部分,国际法院对于《灭绝种族罪公约》条款的意见就说明了这一点,联合国秘书长在其关于设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭的报告中回顾了这一点”。<sup>150</sup>

<sup>146</sup> ICTR-2001-64-A 号案件, 2006 年 7 月 7 日, 沙哈布丁法官的个别意见, 第 51 段。

<sup>147</sup> ICTR-99-52-A 号案件, 2007 年 11 月 28 日, 梅龙法官的部分反对意见, 第 5-8 段。谈到“对[审判分庭所依据的相关条款]的保留的数量和范围表明国际社会对是否禁止或是否应当禁止仅仅仇恨言论始终存在深刻的分歧”, 梅龙法官的结论是, 在这类条款中没有“既定原则”。这一观点在《灭绝种族罪公约》的起草经过和前南斯拉夫问题国际法庭的 Kordić 案判决中得到了支持。

<sup>148</sup> 例如见: 检察官诉 Bikindi 案, ICTR-01-72-T 号案件, 2008 年 12 月 2 日, 第 379 段; 检察官诉 Ntakirutimana 和 Ntakirutimana 案, ICTR-96-10-A 和 ICTR-96-17-A 号案件, 2004 年 12 月 13 日, 第 518-519 段; Rwamakuba 案, 前注 145, 第 14 段。另一个例子可见检察官诉 Nahimana 等人案(审判分庭), 其中分庭提及“国际法和国内法的公认原则及 1946 年 Streicher 案的判例以及那以后的许多欧洲法院和国内案例”, 以确定“表达族裔歧视和其他形式歧视的仇恨言论违反了习惯国际法规范”(ICTR-99-52-T 号案件, 2003 年 12 月 3 日, 第 1073-1076 段)。另见 W. Schabas, 前注 33, 第 84-85 段。

<sup>149</sup> 前注 147, 脚注 1614(第 678 段); 另见沙哈布丁法官在该案中的部分反对意见, 他就迫害罪的定义提及联合国军事法庭的一项判决, 指出,“这发生在第二次世界大战刚刚结束后进行的一次审判中。因此通常来说, 该案可被视为反映了习惯国际法”(第 13 段)。

<sup>150</sup> ICTR-96-4-T 号案件, 1998 年 9 月 2 日的判决, 第 495 段; 另见: 检察官诉 Kajelijeli 一案, 其中引用了塔迪奇案的判决, 以审查关于攻击标准应为“广泛和系统性的”的主张的习惯国际法地位问题上的国际惯例(ICTR-98-44A-T 号案件, 2003 年 12 月 1 日, 第 869 段和脚注 1076); 居内伊法官在其在 Gacumbitsi 诉检察官案(前注 146)中的一段话:“我感到关切的是, 在本案中, 大多数法官没有进行任何讨论, 以表明任何这类形式的犯罪是习惯国际法所认定的。事实上, 没有对习惯国际法进行任何分析, 以表明‘实施’不仅仅是实际实施以上犯罪或参与一项共同犯罪事业”(第 6 段)。另见检察官诉 Kayishema 和 Ruzindana 一案(ICTR-95-1-A 号案件)2001 年 6 月 1 日的判决(理由说明), 其中上诉分庭“回顾说, 获得公平审判的权利原则是习惯国际法的一部分”, 并提到,“若干国际文书, 包括日内瓦四公约共有的第三条”都包含了这一原则, 并提及 Čelebeći 案的上诉判决(第 51 段)。

73. 关于国际化法院，塞拉利昂问题特别法庭在检察官诉Norman案中指出，“习惯法的形成既需要国家惯例，也需要预先存在的义务意识(法律确念)”，并引用别人的话来说，“无法执行的说说而已的义务意识只不过是空洞的言辞。相反，没有法律确念的国家惯例就只是习惯”。<sup>151</sup> 法院在决定关于禁止招募儿童进入武装部队的规则已成为习惯国际法时，提到已立法禁止招募儿童的国家数目(“几乎所有的国家……(长期以来)”)，并指出，加入日内瓦四公约(185个)或已批准第二附加议定书(133个)和《儿童权利公约》(“除六个国家以外的所有国家”)的国家数目众多，说明这些文书的规定已被广泛接受为习惯国际法(对于后者，“几乎自生效之时起”)。<sup>152</sup> 法院认为，“在考虑习惯国际法的形成问题时，‘相比某种实践的持续时间，参与该实践的国家数目是一个更重要的标准’”。<sup>153</sup> 法院还指出，“习惯法正如其名称所示来自习惯，而习惯需要时间发展”。<sup>154</sup>

74. 在检察官诉Prosecutor和Kondewa一案<sup>155</sup>中，塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭认定，习惯国际法中所反映的禁止掠夺的规定不包括禁止无军事必要的破坏的规定。上诉分庭在作出这一决定时，提及国际法院在北海大陆架案中的判决。该判决要求国家惯例必须是“广泛而几乎一致的”，并体现法律确念。<sup>156</sup> 分庭随后对各种材料进行了相应的分析，尽管分庭没有明确其所提到的材料哪些算作“国家惯例”。法院在最初指出禁止掠夺和无军事必要的破坏的规定“在本案所涉时点适用于非国际性武装冲突的习惯国际法中都存在”时，引用了前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在Hadžihasanović案中的决定作为依据。<sup>157</sup>

75. 柬埔寨法院特别法庭预审庭在2010年的一项决定中审查了共同犯罪事业在习惯国际法中的地位，其中预审庭首先提及《国际法院规约》第三十八条第一项以及渔业案和北海大陆架案，然后指出，“预审庭回顾说，在确定习惯国际法在犯罪或某种形式的个人责任的存在问题上的状态时，法院应评估‘共同、前后一

<sup>151</sup> SCSL-2004-14-AR72(E) (2004年5月31日)，第13页，第17段；引文源自E. T. Swaine, “Rational Custom”, *Duke Law Journal*, 52(2002), 559, 567-68。

<sup>152</sup> 同上，第18和19段。

<sup>153</sup> 同上，第25页，第49段；引述M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, 47(1975), 1, 16, (并引用同一作者的一句话，“根据与一项习惯法规则相抵触的实践的数目多少，创立这一规则所需的国家数目各不相同，[即便]只有极少数国家奉行的一项实践，也能创立一项习惯法规则，只要不存在任何与该规则相抵触的实践”(第18页))。

<sup>154</sup> 同上，第50段。另见罗伯逊法官的反对意见，第14-19页。

<sup>155</sup> SCSL-04-14-A号案件，2008年5月28日。

<sup>156</sup> 同上，第405段。

<sup>157</sup> 同上，第390段，其中提及检察官诉Hadžihasanović和Kubura一案，IT-01-47-AR73.3号案件，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭，关于就审判分庭关于第98之二条(无罪释放动议)的决定提出的中间上诉联合辩护状的决定，2005年3月11日，第30和38段。

贯和一致’的国家惯例或法律确念的存在，意即各国的所作所言就是法律。丰富的国家惯例往往并不能推定法律确念的存在；‘有关行为不仅要成为既定做法，而且还必须是或必须被作为一种看法的证据，即要求这种做法的法律规则的存在已使其成为强制性的’”。<sup>158</sup> 预审庭随后依靠国际文书、国际案件和“权威判决”确定，某些形式的共同犯罪事业“是 002 号案件发生时习惯国际法认可的责任形式”。关于共同犯罪事业三的规则，预审庭指出，没有“充分证据证明一致的国家惯例或法律确念[以认定在 002 号案件发生时其为习惯国际法所承认]”。<sup>159</sup> 审判分庭“实质同意”这些结论，<sup>160</sup> 并在对国际案件进行自己的分析时得出结论，“共同检察官未能证明，关于共同犯罪事业三的规则构成 1975 年至 1979 年期间习惯国际法的一部分”。<sup>161</sup>

76. 黎巴嫩问题特别法庭在认定某一条习惯国际法规则“在国际反恐主义界已经形成”时明确提出，确立这一规则需要“显示所需的惯例和法律必要确念，即认为审判和惩罚恐怖袭击事件实施者是必要且实际上具有强制性的法律观点”。<sup>162</sup> 依靠“国际法院在大陆架案中提出的国际惯例理念”，<sup>163</sup> 法院开始对相关材料进行分析，并指出，“正如我们将看到的，一些条约、联合国决议和各国的立法和司法实践表明，国际社会已形成一般法律确念，并伴有与这种确念一致的实践，这意味着关于国际恐怖主义犯罪的习惯国际法规则确实已经出现，至少在和平时期是如此”。<sup>164</sup> 法院还指出，“要毫无疑问地确定一项习惯国际法规则是否已经成形”，我们必须特别要“考查各国的做法，因为习惯国际法规则的形成有以下几种途径：一是就意义超越其传统范围的国际条约达成的一致意见，一是联合国等重要的政府间机构通过的决议，再就是会员国制定的具体国内法以及各国法院的决定。”<sup>165</sup> 法院在仔细审查了这些“要素”后得出结论，“可以说，在惩罚通常定义的恐怖主义行为问题上有既定惯例，至少对在和平时期犯下此罪是如此；此外，这种惯例证明各国认为，对恐怖主义的惩罚是一种社会需要

<sup>158</sup> 002/19-09-2007-EEEC/OICJ(PTC38)号刑事案件，关于针对关于共同犯罪事业的联合调查法官命令提出的上诉的决定，2010年5月20日，第53段。

<sup>159</sup> 同上，第75-83段；在这里预审庭回顾了“塔迪奇案中[前南问题国际法庭]所依靠的权威”，并认为，“它们不能提供一致的002号案件所涉时点上国家惯例或法律确念的充分证据”。

<sup>160</sup> 002/19-09-2007/EEEC/TC号案卷，关于共同犯罪事业的适用性的决定，2011年9月12日，第29段。

<sup>161</sup> 同上，第38段。

<sup>162</sup> STL-11-01/I号案件，关于适用法律的中间决定：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、加重指控的决定(上诉分庭)，2011年2月16日，第104段。

<sup>163</sup> 同上，第102段。

<sup>164</sup> 同上，第85段。

<sup>165</sup> 同上，第87段。

(必要确念), 因此有了要求予以惩罚的规则(法律确念), 就使得这种惩罚具有强制性”。<sup>166</sup>

77. 世界贸易组织(世贸组织)的争端解决机构也曾涉及确认习惯国际法规则的问题, 尽管这种情况不常发生。<sup>167</sup> 这些判例表明, 在确定某一习惯国际法规则是否已经出现时, 专家组和上诉机构认为国家惯例和法律确念这两个传统要素是必不可少的, 尽管他们迄今通常避免对这两个要素进行独立考查。

(一) 在美国——新配方汽油和常规汽油标准一案中, 上诉机构指出《维也纳条约法公约》中列举的“一般解释规则”“获得了习惯或一般国际法规则地位”, 同时提及国际法院、欧洲人权法院和美洲人权法院的判决以及国际公法文献。<sup>168</sup> 在日本——酒精饮料税一案中, 上诉机构直截了当地指出: “毫无疑问, 《维也纳公约》关于解释的补充手段的作用的第三十二条也取得了[‘习惯或一般国际法规则’]的同样地位”, 并在脚注中主要提到国际法院的判例法。<sup>169</sup>

(二) 在欧共同体——对肉与肉制品(含激素)采取的措施一案中, 上诉机构提及预防做法或原则是否已成为“一般或习惯国际法原则”的问题(最终决定不就此问题采取立场), 同时指出, “关于国际法中预防原则的地位, 学术界、法律从业人员、监管机构和法官仍在争论之中”, 并在脚注中提到一些文章, 这些文章有的认为已有足够的国家惯例能导致该条习惯国际法规则形成, 另一些文章则认为没有。上诉机构还指出, 国际法院没有确认该原则是必须考虑的一个规范。<sup>170</sup>

<sup>166</sup> 同上, 第 102 段。

<sup>167</sup> 就本报告而言, 不需要讨论世贸组织争端解决机构在多大程度上适用习惯国际法, 这一问题例如韩国——影响政府采购的措施一案(专家组报告), WT/DS163/R, 2000 年 6 月 19 日通过, 第 7.96 段(其中专家组指出: “换句话说, 只要没有抵触或不一致之处, 世贸组织适用的协议中也没有不同的意思表述, 我们就认为, 国际法习惯规则适用于世贸组织条约和世贸组织条约形成程序”); 另见 I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), 13-21; J. Pauwelyn, “The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?”, *American Journal of International Law*, 95(2001), 535, 542-543; S. Mohd Zin and A. H. Sarah Kazi, “The Role of Customary International Law in the World Trade Organisation(WTO) Disputes Settlement Mechanism”, *International Journal of Public Law and Policy*, 2(2012), 229, 245-48; A. Lindroos and M. Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’: International Law and the WTO”, *European Journal of International Law*, 16(2006), 857, 869-873; D. Palmeter and P. C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, 92(1998), 398-413; and J. Trachtman, “The Jurisdiction of the World Trade Organization” *American Society of International Law(ASIL) Proceedings*, 98(2004), 139-142。

<sup>168</sup> 《世贸组织上诉机构报告》, 美国——新配方汽油和常规汽油标准, WT/DS2/AB/R, 1996 年 5 月 20 日通过, 第 17 页。

<sup>169</sup> 《世贸组织上诉机构报告》, 日本——酒精饮料税, WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R、WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过, 第 11 页。

<sup>170</sup> 《世贸组织上诉机构报告》, 《欧共同体——对肉与肉制品(含激素)采取的措施》, WT/DS26/AB/R、WT/DS48/AB/R, 1998 年 1 月 16 日通过, 第 123 页。

(三) 在韩国——影响政府采购的措施一案(专家组报告, 没有上诉)中, 专家组就《维也纳条约法公约》第四十八条指出, 最初的关于错误的概念“通过常设国际法院和国际法院的判例法在习惯国际法中得到发展”, 随后被编入《公约》。专家组的结论是, “由于该条主要来自有关司法机构——常设国际法院和国际法院的判例法, 毫无疑问, 它目前就是国际习惯法”。<sup>171</sup> 此外, 小组还在一条脚注中指出, 《维也纳公约》第六十五条“似乎并不属于已成为习惯国际法的《维也纳公约》的规定”, 但没有提供任何理由, 只是提到, 欧洲法院的一个案例也作了类似的简要说明。<sup>172</sup>

78. 在世贸组织其他案件中, 就习惯国际法规则作了声明, 但没有相应的分析或引述, 例如在欧洲共同体——香蕉进口、销售和分销制度(欧共体-香蕉三)一案中, 上诉机构指出, “……习惯国际法的任何规则或国际法庭的普遍做法都不阻止世贸组织成员决定其在上诉机构诉讼程序中的代表团的组成”。<sup>173</sup>

79. 在此问题上, 还需要研究国家间仲裁庭的判例法, 这些仲裁庭包括根据《联合国海洋法公约》附件七设立的仲裁庭, 以及诸如伊朗-美国索赔法庭、厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会以及投资保护问题法庭等其他特设法庭。<sup>174</sup>

## B. 区域法院

80. 同样, 区域法院相当经常地对是否存在习惯国际法规则作出判断, 通常是在解释和适用其自己的具体条约的特定情况下作出这种判断。

81. 美洲人权法院在 2009 年关于《美洲人权公约》第 55 条的解释的咨询意见中, 需要裁定的事项包括在个人请愿性质的诉讼案件中指定法院专案法官的程序性权利是否具有习惯国际法的地位。该法院首先指出《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款中关于国际习惯的定义, 然后列举了国际法院的几个案例以及国际公法的学术研究, 并说, “在这方面, 国际法院的判例法和国际学术理论显示, 这一法律渊源具有两个构成要素。第一个具有客观性质的要素是存在着由各国创立、不断以一致方式施行(使用或长久性)的一般惯例。第二个具有主观性的要素是指国家确信所说的惯例构成法律规范(法律必要确信)”。<sup>175</sup>

<sup>171</sup> 韩国——影响政府采购的措施一案, WT/DS163/R, 2000 年 6 月 19 日通过, 第 7.123 和 7.126 段。

<sup>172</sup> 同上, 第 7.126 段, 脚注 769(提及欧洲法院 C-162/69 号案件, 《Racke v. Hauptzollamt Mainz》-1998 ECR, I-3655, 第 59 段)。

<sup>173</sup> 欧洲共同体——香蕉进口、销售和分销制度一案, WT/DS27/AB/R, 1997 年 9 月 25 日通过, 第 10 段(提及 1997 年 7 月 15 日的前一项裁决)。

<sup>174</sup> 另见例如 C. Congyan, “International investment treaties and the formation, application and transformation of customary international law”, *Chinese Journal of International Law*, 7(2008), 659-679; and E. Milano, “The Investment Arbitration between Italy and Cuba: The Application of Customary International Law under Scrutiny”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 11(2012), 499-524。

<sup>175</sup> 《咨询意见》(OC-20/09, 2009 年 9 月 29 日), 第 54-55 页, 第 48 段。

82. 欧洲联盟法院和欧洲人权法院也时不时适用习惯国际法。<sup>176</sup> 例如，欧洲人权法院在其关于Van Anraat诉荷兰案的可受理性决定中，详述了北海大陆架案和尼加拉瓜案的情况，<sup>177</sup> 然后指出，“一项条约规定有可能成为习惯国际法。其必要前提是：这一规定应能具备根本的创造规范的性质，例如，能够被视为形成法律一般性规则的基础；有相应的既定国家惯例；而且有证据显示大家相信，由于有一条要求遵行这一惯例的法律规则，故这一惯例是强制性的（法律确念）。”<sup>178</sup>

### C. 国内法院

83. 特别报告员继续寻求关于国内法院如何确定习惯国际法规则的资料。这类资料在任何阶段都将是有益的，在他 2014 年年初撰写第二次报告之前尤其如此。可在关于此问题的大量著述中找到一些有用的信息。<sup>179</sup>

84. 虽然或许可从国内法院的做法中学到许多东西，但须不能忘记，每个国内法院是在其特定的国内（法规）地位局限中工作的。国内法院可在何种程度上适用习惯国际法及适用的方式，这是国内法的职能。此外，国内法官不一定是国际公法专家，甚至未受过这方面的培训；国内法院可能受其自己国家关于是否存在某一习惯国际法规则的观点的影响，而且不管怎么样总会对此法律的发展采取谨慎态度。<sup>180</sup>

<sup>176</sup> 见欧洲联盟法院法官 Malenovský 和欧洲人权法院法官 Ziemele 在 “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19–20 September 2012” 中的陈述 (The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 12 (2013), 即将出版)。

<sup>177</sup> 第 65389/09 号情愿书，关于可受理性的决定，2010 年 7 月 6 日，第 35–36、87–92 段。

<sup>178</sup> 同上，第 88 段。

<sup>179</sup> 例如见 B. Stirn, Président de la section du contentieux du Conseil d’État (France); A. Paulus, Judge, Federal Constitutional Court (Germany), both in “The Judge and International Custom, CAHDI, Council of Europe – 19–20 September 2012”, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 12 (2013) (即将出版); and in “Application of customary international law by national courts” (多位作者), Non-State Actors and International Law, 4 (2004), 1–85; and D. Shelton, International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion (牛津大学出版社, 2011 年)。

<sup>180</sup> Hoffman 勋爵在上议院就 Jones 案和 Mitchell 案所作的讲话中提到，有学术评论认为，意大利最高法院在 Ferrini 案中“将禁止酷刑的意义置于国家豁免规则的意义和政策之上”，他还说：“如果此案涉及的是国内法，有人可能会[将其]看作是‘激进的’，但又完全属于司法职能……但在国际法中不能采用同样的做法，国际法以各国的共同同意为基础。国内法院不能‘发展’国际法，不能单方面制定一种其他国家根本不接受的国际法，无论这种法律是多么可取、多么前瞻并多么体现出其价值。”(Jones 诉内政部 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya; Mitchell 和其他人诉 Al-Dali 和其他人和内政部 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya [2006] UKHL 26, 第 63 段)。另一方面，也有人认为，国内法官可在习惯国际法的发展方面发挥重要作用，(A. Roberts, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, International and Comparative Law Quarterly, 60 (2011), 第 57–92 段)。

85. 在目前阶段也许值得提及一些与本专题相关的众所周知的国内法院判决。这些判决显示，总体而言，国内法院<sup>181</sup>基本上力求遵循国际法院的做法。

(a) 英国法院曾在许多场合寻求确定习惯国际法的规则。虽然它们倾向于遵循国际法院的做法，但这些裁决并不总能深入到问题。<sup>182</sup> 在高级法院最近的一个案例中，法官同意禁止酷刑是一项强制法规则(政府也这样认为)，并以比利时诉塞内加尔一案为例，但不能在国内法中找出在民事行动中禁止实施限制规则的习惯国际法规则。<sup>183</sup> McCombe法官在作此判断时回顾了他早先在同一案件中的判决，其中他指出，“[为]确定一条习惯国际法规则(例如索赔者所提出的)，就必须表明相关的国家实践‘既广泛而又实质上一致’(北海大陆架案(1969年)《国际法院案例汇编》，第3、44页第74段和77段)。”<sup>184</sup> 在R诉Jones (Margaret)案中，上议院认为，在二十世纪末时，习惯国际法把侵略罪定为一项罪行；Bingham勋爵作出此结论前广泛研究了各种资料(“重要里程碑”)，包括条约草案、国际组织的决议、国际法委员会的工作、1986年国际法院关于尼加拉瓜案的裁决以及布朗利的著述。<sup>185</sup>

(b) 新加坡最高法院在Yong Vui Kong 诉检察官案(2010年)中裁定，“不存在广泛而实质上一致的国家实践来证明[当前]习惯国际法将强制性死刑作为不人道的惩罚而加以禁止的抗辩”。<sup>186</sup> 谈到《国际法院规约》和法院作出的关于确定一项习惯国际法规则之方法的一些裁决时，法院说，“广泛和所有国家实质上的一致做法，加上法律确信，这些是所述规则成为习惯国际法规则所必需的”。<sup>187</sup> 法院还解释道，司法裁判和专家意见可作为“确定是否存在习惯国际法规则的辅助手段”。<sup>188</sup>

<sup>181</sup> L.Wildhaber 和 S.Breitenmoser, “The relationship between customary international law and municipal law in Western Europe”, *ZaöRV*, 48(1988), 163.

<sup>182</sup> 例如，在一个涉及关于特别特派团的习惯国际法案件中，地区法院认为只需说明“[双方]同意，根据习惯国际法规则 Khurts Bat 先生的旅行属蒙古派往联合王国的特别特派任务，因此享有人身不受侵犯权和诉讼豁免”([2011] EWHC 2029(Admin); All ER(D)293; ILR 147(2012), 第19段)。

<sup>183</sup> *Mutua* 和其他人诉外交和联邦事务部, [2012] EWHC 2678(QB), 第154-9段。

<sup>184</sup> *Mutua* 和其他人诉外交和联邦事务部, [2011] EWHC 1913(QB), 第87段。

<sup>185</sup> [2006] UKHL 16; [2007] 1 AC 136, 第13-19段。另见欧洲罗姆人权利中心诉布拉格机场移民法官[2004] UKHL 55, 第23段(Lord Bingham); *Binyam Mohamed*[2009] 1 W.L.R. 2579, at 164 (Bingham勋爵)。

<sup>186</sup> [2010] 3 S.L.R.489, [2010] SGCA 20(新加坡最高法院-上诉法庭, 2010年5月14日), 第95-98段; 该法院详述了一项“世界死刑现状广泛调查”, 解释说, “虽然国际社会大多数国家不对贩毒判强制性死刑, 但这并不使禁止强制性死刑成为一条国际习惯法规则。大多数国家遵循某一规则并不等于所有国家广泛而实质上的一致实践”。

<sup>187</sup> 同上, 第96-98段。

<sup>188</sup> 同上, 第97段。

(c) 在Winicjusz诉德意志联邦共和国案(2010年)中,<sup>189</sup>波兰最高法院在判断习惯国际法中对武装部队在法院地国家领土上的侵权行为的国家豁免是否有例外时指出,应按照《国际法院规约》第三十八条第一项的规定来判断国际习惯法的内容,这就需要确立两个条件:“(1)久有很多国家重复类似的国际行为(国家惯例);(2)具有一种法律义务感(法律确信)”。该法院还指出,“可用来进行上述判断的相关法律资料包括《欧洲国家豁免公约》(‘巴塞尔公约’)和联合国多项公约、多个国际法院的判例法,国内法院的裁决、外国法和法律文献”。法院依靠大量资料得出结论:尚未产生关于免除对严重侵犯人权行为(包括在武装冲突中)的国家豁免的习惯国际法规则,因为“这一做法并不普遍”;该法院还认定,根据一些国家惯例,这一新的例外可能正在形成中。<sup>190</sup>

(d) 南非宪法法院在Kaunda和其他人诉南非共和国总统案(2004年)中,依据国际法委员会的一项报告得出结论:将外交保护看作为一项人权“目前不是各国的通例”,因此也不能说存在这样的习惯国际法规则。<sup>191</sup> Ngcobo法官在个别意见中补充说,“习惯国际法最具有讽刺意味的一点是,对习惯国际法的承认取决于各国表明习惯国际法的惯例。然而,有时国家拒绝承认某一项习惯国际法规则的存在,其根据是国家惯例不足以使某一具体做法成熟为一条习惯国际法规则。这样,国家就不让这一惯例成熟为一条习惯国际法规则。当某一国民受到外国的伤害或面临受这种伤害的威胁而请求本国提供外交保护时,本国有行使外交保护的法律责任。但正由于习惯国际法具有这种讽刺意味,责成本国履行这种责任的惯例成了其牺牲品。尽管有许多国家在其宪法中规定了这一法律义务,但要将这一做法承认为一条习惯国际法规则,则仍然有不愿意者。这仍然是国际法逐渐发展的一项工作”。<sup>192</sup>

(e) 就用来分析是否存在习惯国际法规则的相关资料而言,1900年的Paquete Habana案仍然是美国最高法院的基本案例。<sup>193</sup> 法院在该案中得出的结论认为,“文明国家之间几个世纪前开始的古老的做法,逐步成熟成为国际法规则,据此各国承认沿海从事捕捞和提供鲜鱼的渔船及船上货物和船员免于被作为战利品俘获”。法院在得出上述结论时,寻求“追踪这一规则的历史,从可获得的最早的资料着手,经过此规则得到越来越多的承认的过程,尽管偶有挫折,现在最终有理由认为这一规则已经确立”。<sup>194</sup> 最高法院因此查询了政府文书(如命

<sup>189</sup> Winicjusz N.诉 Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie, 最高法院(民法庭),案件号 CSK 465/09, 29 October 2010; 另见 Polish Yearbook of International Law, 30 (2010), 299-303。

<sup>190</sup> 同上,第28-29页。

<sup>191</sup> CCT 34/04 号案卷(2004年8月4日),第25-29段。

<sup>192</sup> 同上,第148-149段。

<sup>193</sup> The Paquete Habana 案卷, 175 U.S. 677 (1900) 号。

<sup>194</sup> 同上,第686页。

令、条约和判决)以及“法学家和评论员的著述——他们通过多年的劳动、研究和经验,特别熟悉其所研究的主题……,以求得可信的真实法律的证据”,<sup>195</sup>并在“审查了此问题的先例和权威见解之后作出裁断”。<sup>196</sup>

(f) 萨尔瓦多最高法院在关于该国《劳工法典》一项条款是否符合《宪法》的2007年的一个宪法案中就最低工资权利提到习惯国际法的形成。该法院在讨论相对于国际条约的国际宣言的法律意义时指出,“国际宣言起到间接的规范作用,也就是说,它们提倡非约束性、但可取的行为……宣言预期一种各国必须遵循的法律确念(一种义务感),以期在中期或长期结晶出一项国际习惯……国际宣言,即使其不具约束力,也大大有助于形成具有约束力的国际法渊源,无论是通过某一国家实践或是通过促进根据某些建议[包括这种宣言]缔结一项条约”。<sup>197</sup>

(g) 希腊特别最高法院在德意志联邦共和国诉Margellos和其他人案(2002年)中指出,“要判断是否存在这种规则[即普遍接受的国际法规则],须确定是否存在国际社会[原文如此]的普遍实践,确认该规则作为一项具有约束力的法律规则得到接受,”并就此提到《国际法院规约》第三十八条第一项。<sup>198</sup> 该法院还指出,“在判断是否存在这种规则时,还可追索相关的依据,例如国际公约、国际组织的记录和信件、国际和国内法庭的判决、各国的立法案文、外交信函、国际组织和国家法律顾问的书面法律意见以及国际组织、国际委员会和国际法机构编纂的文书。应对这种资料作个别和整体的审查”。<sup>199</sup> 法院在审议了希腊国际法和外国法律研究所提交的资料以及欧洲人权法院和国际法院的多项判决、国际文书(包括国际法委员会编纂的文书、国家案例法和立法)以及专家著述之后断定,在侵权行为赔偿责任诉讼中,鉴于当时国际法的发展状况,对德国武装部队不法行为所产生的责任(在该案中系所称的1944年在一希腊村庄的行为),德国国家享有豁免。<sup>200</sup>

(h) 在阿根廷债券案(2007年)中,德国联邦宪法法院被要求裁定是否有一项“国际法一般性规则”<sup>201</sup> 允许一国因无能力支付而援引国家的需要,从而暂时

<sup>195</sup> 同上,第700页。

<sup>196</sup> 同上,第708页。

<sup>197</sup> 最高法院案卷,编号26-2006(12 March 2007),第14-15页(Part VI. 2. A)。

<sup>198</sup> 2002年9月17日第6/2002号判决,(2007)129 ILR 525, 528,第9段(“国际社会”非原文的准确译文;恰当的译文应为“国际法律秩序”)。

<sup>199</sup> 同上,第9段。

<sup>200</sup> 同上,第12-15段;根据判决书执行段:“在当前国际法的发展状况中继续存在着一项普遍接受的国际法规则,根据此规则,不能在另一国法院就据控在法院地国家所犯的据控有被告国武装部队在战争或和平时期[原文中有“以任何方式”]参与的侵权行为对外国提出赔偿诉讼(第533页)”。

<sup>201</sup> “国际法一般规则”是《德意志联邦共和国基本法》第25条中使用的术语,其中包括习惯国际法和一般法律原则。

拒付按私法应就私人索款作出的偿付。该宪法法院首先指出，“一项规则是否为习惯国际法规则，或是一项普遍的法律原则，这来自国际法本身，国际法提供国际法来源的准则”。<sup>202</sup> 法院然后宣布，“在仅受制于国际法的法律关系中，援引国家的需要的做法在习惯国际法中得到承认；但没有证据显示，依据必要法律信念(法律必要确信)的国家惯例可用以把援引国家的需要的法律理由延伸到应根据私法处理的关联私人债权人的关系”，这两项立论均有国内法和国际法材料的引证。这些材料包括国际法委员会关于国家责任的著述(特别是被称为“目前在法律文献中被普遍承认为以及被各国际法院和法庭认为可适用的习惯国际法”的《国家责任条款》的第 25 条)、国际法院和其他国际法庭的裁决、国家案例法和学术文献。<sup>203</sup> 宪法法院明确指出，必须找出足够的(统一的)国家惯例，才能确定一项习惯国际法规则的确实存在。<sup>204</sup>

## 十. 其他机构的工作

86. 如同国际法委员会,1887 年成立的国际法学会和国际法协会有关各种专题的工作都涉及习惯国际法的形成。但如同委员会本身,鉴于其各自职能,它们并非经常必须直接处理本专题提出的问题,不过国际法协会在 1984 至 1986 年和 2000 年的工作明显例外(见下文第 89 至 91 段)。

87. 国际法学会的宗旨,如其《章程》所述,是“促进国际法进步”。<sup>205</sup> 学会最近审议的专题之一涉及一系列编纂公约引起的问题,包括“关于条约与惯例之间关系的问题”。结论 2(编纂条款的效力)如下:

“编纂公约可能包含的多项条款(下称‘编纂条款’),用以公布习惯法,或具体阐述习惯法规则,或推动按照国际法院规定的新标准制订新的习惯法规则”。<sup>206</sup>

<sup>202</sup> 宪法法院第二庭 2007 年 5 月 8 日命令,编号 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, 第 34 段; 138 ILR 1。

<sup>203</sup> 同上,第 37-65 段。“对于国家需要的国家判例法的审视也无结果,因为在承认国家需要对私法关系的作用已在习惯法中确立这个问题上没有共识”,法院作出上述结论所依靠的是一项评估国家法院关于此问题实践的专家报告,而非自己的分析。

<sup>204</sup> 同上,第 51、65 段。Lubbe-Wolff 法官在反对意见中也提到国家惯例的中心地位(见第 86 段:“国家惯例的证据,由此产生关于需要的辩诉的有效性……”)。

<sup>205</sup> 学会《章程》第 1 条规定,学会宗旨是通过以下方式“促进国际法进步:(a) 依照文明世界的法律良知,力求制定该主题的一般性原则;(b) 配合认真进行的一切努力,逐渐渐进编纂国际法;(c) 争取公认符合现代社会需要的各项原则得到正式核可;……”。

<sup>206</sup> “*Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject*”,1995 年 9 月 1 日里斯本会议通过的决议-1995 年;另见结论 10、12 和 13,以及第一委员会报告员 Ian Sinclair 爵士的多份报告。

88. 学会审议的另一专题涉及制订一般性多边公约和非合同文书。<sup>207</sup> 所得结论对涉及大会决议“规范性功能或目标”的本专题具有重要意义。

89. 国际法协会 1984/85 至 2000 年期间的工作取得成果,于 2000 年通过了《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注。<sup>208</sup> 协会工作包括 33 条原则和相关评注,得到支持,也受到批评,在 2000 年获得通过之时也是如此。<sup>209</sup>

90. 协会委员会的构成与众不同,先后由 Zemanek 教授(奥地利)和 Mendelson 教授(英国,从 1993 年起)担任主席,后者曾任报告员。报告员第一次报告(1986 年)提出一个现在仍很有价值的专题清单,建议采取“习惯形成模式”的办法。报告包含 Mendelson 教授编制的附录,涉及“国际法的形成和观察点”。<sup>210</sup> 报告员第二次报告(1988 年)关于术语的附录载列“(一般)习惯国际法”措辞的讨论情况。<sup>211</sup> 第三次和第四次报告分别讨论习惯国际法的主观与客观因素。<sup>212</sup>

91. 委员会最后报告首先提及“制订本主题规则方面的固有严重困难”,随后提出构成《原则伦敦声明》的 33 条原则(一些细分原则)和相关评注。该声明分为五个部分,分别题为:一.定义;二.客观因素(国家惯例);三.主观因素;四.条约在习惯国际法形成中的作用;五.联合国大会决议和国际会议决议在习惯国际法形成中的作用。该声明所涉事项包括用语、构成国家惯例的行为类型、为确定国家惯例的目的的“国家”、政府间组织的惯例、惯例密度、主观因素(法律确信)、条约的作用、大会决议和国际会议决议的作用。特别报告员将在今后报告中酌情提及《原则声明》中的相关原则和评注及对其的回应。

92. 红十字国际委员会(红十字委员会)习惯国际人道主义法项目 1995 年开始实施,将近十年之后,经过广泛研究和各种磋商,终于出版发行题为《习惯国际人

<sup>207</sup> “*The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective*”, 1987 年 9 月 17 日开罗会议通过的决议-1987 年;另见第十三委员会报告员 Krzysztof Skubiszewski 的多份报告。

<sup>208</sup> 《原则伦敦声明》;见第六十九届会议报告(2000 年),第 39 和 712-777 页。全体辩论见第 922-926 页。

<sup>209</sup> 见 2000 年 7 月 28 日委员会工作会议:同上,第 778-790 页。

<sup>210</sup> 国际法协会第六十三次会议报告(1988 年),第 936 页。

<sup>211</sup> 同上,第 950 页。另见委员会 1988 年 8 月 26 日工作会议的辩论,其中许多人发言赞成或反对在本专题标题中列入“一般”这个词(第 960 页)。

<sup>212</sup> 委员会第三次临时报告,国际法协会 1996 年第六十七届会议报告,第 623-646 页;委员会第四次临时报告,国际法协会 1998 年第六十八届会议报告,第 321-335 页。第五次和第六次临时报告已列入最后报告。

道主义法》的研究报告。<sup>213</sup> 该报告撰写人之一解释说，“研究报告按照国际法院提出的方法，特别是在北海大陆架案中提出的方法，确定一般习惯国际法规则是否存在。这是一种经典方法”，选定和汇编有关国家惯例，然后根据法律确念的要求一并予以评估。<sup>214</sup> 该研究报告受到众议，<sup>215</sup> 发布后引起私人<sup>216</sup> 和政府的强烈反应，<sup>217</sup> 有人批评该报告未按其所称方法实际确定习惯。<sup>218</sup> 报告撰写人进行了有力辩护。<sup>219</sup> 红十字委员会继续通过与英国红十字会合作，更新约 90 个国家相关国家惯例的数据库。<sup>220</sup>

<sup>213</sup> J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I (Rules), Vol. II (Practice)* (Cambridge University Press, 2005)。

<sup>214</sup> J.-M. Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, 87 (2005), 175, 178; 另见该研究报告导言，同上，第 xxxi-lviii 页。

<sup>215</sup> E. Wilmshurst, S. Breau, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (Cambridge University Press, 2007); L. Maybee, B. Chakka, (eds.), *Custom as a Source of International Humanitarian Law: Proceedings of a Conference to Mark the Publication of the ICRC Study, New Delhi*, (ICRC, 2006); P. Tavernier, J.-M. Henckaerts (eds.), *Droit international humanitaire coutumier: enjeux et défis* (Bruylant, 2008)。

<sup>216</sup> 例如见 T. Meron, 前注 134, 第 833-34 页; G. H. Aldrich, “Customary International Humanitarian Law—An Interpretation on behalf of the International Committee of the Red Cross”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 503-524; Y. Dinstein, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 36 (2006), 1-15; M. Bothe, “Customary international humanitarian law”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 8 (2005), 143-178; M. MacLaren and F. Schwendimann, “An Exercise in the Development of International Law: The New ICRC Study on Customary International Humanitarian Law”, *German Law Journal*, 6 (2005), 1217-1242; R. Cryer, “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict and Security*, 11 (2006), 239-263; D. Fleck, “Die IKRK-Gewohnheitsrechtsstudie”, *Humanitäres Völkerrecht*, 22 (2009), 120-124。

<sup>217</sup> 见上文第七节。

<sup>218</sup> 例如见前注 98 和 99。

<sup>219</sup> J.-M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law - A Rejoinder to Judge Aldrich”, *British Yearbook of International Law*, 76 (2005), 525-532; J.-M. Henckaerts, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study - A Rejoinder to Professor Dinstein”, *Israel Yearbook on Human Rights*, 37 (2007), 259; J.-M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law - a response to US comments”, *International Review of the Red Cross*, 89 (2007), 473-488。

<sup>220</sup> 见 [www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home](http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/Home)。

93. 美国法学会 1987 年《美国外交关系法注释汇编》(第三版)<sup>221</sup> 将“国际法渊源”(第 102 节)和“国际法证据”加以区分(第 103 节)。第 102(2)节指出,

“习惯国际法产生于各国普遍、一致的惯例, 由各国出于法律义务感予以遵循。”。

如同报告人附注 2 至 5, 第 102 节评注 B、C、D 和 E 简要阐述了相关基本提议。

## 十一. 著作

94. 关于习惯国际法形成和证据的著作很多,<sup>222</sup> 包括关于该专题及其特定方面的专著和文章。此外, 关于国际公法的一般教科书都必定谈到本专题, 即使只是简单提及。本节报告的目的只是说明这一领域的著作丰富多样, 未就提出的理论表明立场。

95. 值得注意的是, 自苏亚利兹和格劳秀斯等传统权威人士的时代以来, 文献中已提出各种方法, 说明习惯国际法规则如何形成及如何确定的问题。这些方法有时被称为“传统”方法和“现代”方法, 而两者往往认为尖锐对立。

<sup>221</sup> 见 D.B.Massey, “How the American Law Institute influences customary law: the reasonableness requirement of the restatement of foreign relations law”, *Yale Journal of International Law*, 22(1997), 419-445.

<sup>222</sup> 联合国日内瓦办事处图书馆编制了很有用的习惯国际法文献目录, 可查阅: <http://library-resources.unog.ch/legal/ILC>。特别报告员也想编制一个选定的文献目录, 先根据委员会 2011 年报告(A/66/10)附件 A 编制, 并随着该专题的展开, 扩大和更新该目录。内含丰富文献目录的一般教书包括: P.Dailler、M.Forteau and A.Pellet, 前注 44, 第 353-379 页; M.Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, C.Escobar Hernández(ed.), 18th edition(Tecnos, 2012), 136-149; A.Clapham, 前注 87, 第 57-63 页; J.Crawford, 前注 48, 第 23-30 页; M.N.Shaw, 前注 50, 第 72-92 页; V.I.Kuznetsov and B.R.Tuzmukhamedov (W.E.Butler, ed.), *International Law-A Russian Introduction*(Eleven International, 2009), 70-79; A.Cassese, *International Law*, 2nd edition(Oxford University Press, 2005), 153-169; G.von Glahn and J.L.Taulbee, *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10th edition(Pearson, 2012), 53-61; S.Sur, 前注 67, 第 165-177 页; B.Conforti and A.Labella, *An Introduction to International Law*(Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 31-51; S.D.Murphy, 前注 55, 第 92-101 页; J.Verhoeven, *Droit international public*(Larcier, 2000), 318-346; D.Alland(ed.), *Droit international public*(Presses Universitaires de France, 2000), 268-297; P.-M.Dupuy and Y.Kerrat, *Droit international public*, 10th edition(Dalloz, 2010), 360-372; D.Carreau and F.Marrella, *Droit international*, 11th edition(Pedone, 2012), 301-324; J.Combacau and S.Sur, *Droit international public*, 10th edition(Montchrestien, 2012), 54-75.

96. 人们普遍认为,根据反映于《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款中的“传统”方法,形成习惯国际法规则,需要有两个要素:(a)要有一般国家惯例;(b)这种惯例被接受为法律。前者有时被称为“客观”(实际)要素,涉及惯例在长时间内的一贯性和统一性;后者(也称为“法律必要确信”、“法律意见或必要性”)被称为“主观”(心理)要素,涉及国家此种行为背后的动机。<sup>223</sup> 根据此方法,这二个要素都不可或缺,并被确认为“习惯国际法主流理论的主导立场”;<sup>224</sup> 同时,在此二分概念中,似乎首先受重视的是国家惯例,认为

<sup>223</sup> 例如见 H. Thirlway, ‘The Sources of International Law’, in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 3rd edition (Oxford University Press, 2010) 102 (“传统理论认为,仅仅有特定含义内的一致国际惯例,本身不足以创立具有惯例含义的法律规则;需要有另一要素。因此,经典国际法认为习惯规则产生于两个要素结合:各国既定的、广泛的、一致的惯例;称为法律必要确信(法律意见或必要性)(经常缩写为法律确信)的心理要素。”); M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: A Treatise* (The Macmillan Company, 1943), 609 (“这些要素是许多国家在国际关系领域的一致的、经常的行动。据认为,在每一种情况下,这种行动都为法律所允许的,而其他国家没有对这一概念提出质疑”); A. T. Guzman, *How International Law Works* (Oxford University Press, 2008), 184 (“习惯国际法的传统定义具有严格的理论性,意即某一规范如果能经受双要素理论检验,就被认为是习惯国际法规则。这一定义被最经常引用的出处是《国际法院规约》第三十八条”); B. Conforti and A. Labella, 前注 222, 第 31 页; S. Sur, 前注 67, 见第 174 页; G. von Glahn and J. L. Taulbee, 前注 222, 见第 54-55 页; S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), 55; J. Crawford, 前注 48, 见第 23 页; D. Bederman, “Acquiescence, Objection and the Death of Customary International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21 (2010), 31, 44; B. Stern, “Custom at the Heart of International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11 (2001), 89, 91; A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), 41。

<sup>224</sup> E. Voyiakis, “Customary International Law and the Place of Normative Considerations”, *American Journal of Jurisprudence*, 55 (2010), 163, 169; 例如另见 G. M. Danilenko, 前注 10, 见第 81 页 (“尽管国际法中习惯形成的许多方面仍然有争议,一个几乎一致的共识是,合理的习惯造法过程需要有两个基本要素:要有惯例,惯例被接受为法律”); Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law* (Clarendon Press, 1998), 35 (“根据国际法主导观点,日本法院认为,要使某一规则成为习惯国际法,需要有一般惯例和法律确信”); R. Bernhardt, “Principles and Characteristics of Customary International Law”, 205 *Recueil des cours* (1987), 247, 265 (“一些法学家表示,只有惯例是重要的;其他人有时认为,在以前没有惯例的情况下,也可创立‘即兴法’”); C. A. Bradley and M. Gulati, 前注 50, 见第 209 页 (“习惯国际法的标准定义是它产生于各国出于某种法律义务感而遵行的惯例。据此,习惯国际法有两个要素……这就是传统定义”); B. Imma and P. Iston, 前注 81, 第 98 页 (称传统方法为“既定概念”); T. Treves, 前注 73, 第 8 段 (称传统方法为“普遍观点”); R. O’b, *Selected Problems in the Theory of Customary International Law*, *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), 119, 123 (“持主导意见的人仍然围绕两个要素的安全带构建习惯,仅愿意对两者的关系及其运作方式略作调整”)。

“习惯始于已成为‘既定惯例’的行为”；这一惯例可能让人相信它已具有强制性”。<sup>225</sup> 换言之，“我们必须审视各国在相互关系中的实际行为，并试图理解国家从事这种行为的原因，尤其是它们是否承认有义务采取某种行动方针”。<sup>226</sup> 的确，这一方法仍然符合传统上对习惯法形成的理解，即这是基于经验、分散、自下而上的形成过程；<sup>227</sup> 在国际上，通过归纳推理确定习惯国际法，<sup>228</sup>

<sup>225</sup> O. Schachter, “New Custom: Power, Opinio Juris and Contrary Practice”, in J. Makarczyk (ed.) *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), 531 (阐述“关于惯例与法律确信关系的普遍接受的观点”)。例如另见 B. Simma and P. Alston, 前注 81, 见第 88 页(“根据对国际习惯的传统理解, 在两个要素中, 重点显然是放在实际要素, 或称客观要素, 即国家惯例……惯例比法律确信具有优先地位; 能算数的是行为, 而不是言论”); G. Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of Law”, *British Yearbook of International Law*, 30(1953), 1, 68(“一条被认为是可靠的原则是, 长期来看, 只有国家行动能构建惯例, 只有惯例(即法院所述的‘一贯的、统一的’惯例)能构成用法或习惯, 最终创立习惯国际法规则”); M. E. Villiger, 前注 46, 见第 16 页(“State practice is the raw material of customary law”); R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th edition (Oxford University Press, 2008) 25(“ [国际法院] 《规约》的措辞强调, 这一国际法渊源的实质在于国家惯例”); A. D’Amato, 前注 122, 见第 102 页; K. Wolfke, 前注 124, 见第 53 页; M. Akehurst, 前注 153, 见第 53 页; G. I. Tunkin, 前注 84, 见第 421 页; A. E. Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, *American Journal of International Law*, 95(2001), 757, 758; G. M. Danilenko, “The Theory of International Customary Law”, *German Yearbook of International Law*, 31(1988), 9, 19–20; N. Petersen, 前注 81, 见第 278 页。但见 J. L. Kunz, 前注 65, 见第 665 页(“因此, 国际习惯是创立一般国际法规范的一种程序。习惯程序创立有效的一般国际法规范的条件是国际法规定的。这些条件有两个: 用法和法律确信; 两者同样重要。绝大多数学者接受这一点, 国家惯例及国际法庭和法院的惯例也证明了这一点”)。

<sup>226</sup> A. Clapham, 前注 87, 见第 57 页。

<sup>227</sup> 例如见 L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd edition (Columbia University Press, 1979), 34(“习惯造法过程是非正式的, 杂乱无章的, 非有意安排的, 甚至在一定程度上是无意的、偶然发生的……没有结构的, 缓慢的”); T. tein 讨论了“Custom and Treaties”, in A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 12(称产生国际法普遍规则的经典程序“是未成文的, 无意识的……逐渐积累的; 这一程序在长时间内生成, 靠累积各种案例……始终通过双边交流……通过不受任何既定论坛的程序影响的进程”); J. D’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2011), 162(“根据传统观点, 确定习惯国际规则的基础是自下而上的提炼过程, 需要有许多国家一致的、一贯的行为, 同时这些国家确信(或希望)这一过程是国际法的义务要求”)。

<sup>228</sup> 例如见, L. Condorelli, “Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law”, in A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law* (Oxford University Press, 2012), 147, 148(“这些模式尽管是大致的, 说明性的, 但很明智, 其本质是设法解释‘归纳’的含义: 这是指收集证据来证明某规则的社会效应”)。

以国家为中心，<sup>229</sup> 没有独立的规范性考虑。据称，只给予国际社会广为接受的实际行为和期望以法律效力，能保证习惯国际法的稳定性、可靠性和合法性。<sup>230</sup>

97. 然而，有人质疑“传统”方法，称这一方法理论上前后不一，而且充斥着“内在之秘”，<sup>231</sup> 很难(如果不是不可能)在实际中应用。<sup>232</sup> 其他批评者强调指出，如此

<sup>229</sup> 例如见 H. Thirlway, *International Customary Law and Codification*(Sijthoff, 1972) 58 (“对惯例的要求的实质是各国在国际领域已经做了或不做某些事情”)；P. E. Benson, “François Génys’ Doctrine of Customary Law”, *Canadian Yearbook of International Law*, 20(1982), 267, 268 (“习惯现在被理解为创立习惯的过程，这一过程从各国完全内部、完全自主的视角予以解释，各国自己使这些规则存在，承认其为具有约束力的权威性的习惯规则”)；M. E. Villiger, 前注 46, 见第 16-17 页 (“这些惯例必须归于国家，因此国际组织或个人的惯例被排除在外”)；R. B. Baker, *Legal Recursivity and International Law: Rethinking The Customary Element*(15 September 2012), 请查阅社会科学研究网(SSRN): <http://ssrn.com/abstract=2147036>, 第 5 页 (“据称，习惯国际法取决于国家的同意，因此，至少根据此处所解释的传统理解，习惯国际法是非常以国家为中心的”)；A. M. Weisburd, “Customary International Law: The Problem of Treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21(1988), 1, 5。

<sup>230</sup> 例如见 C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*(P. E. Corbett, trans.)(Princeton University Press, 1957), 155 (“国际习惯之所以具有特别价值，之所以比传统机构更加重要，是因为国际习惯由自动惯例发展形成，反映了深刻的法律共识。因此，习惯规则具有密度和稳定性”)；B. Simma and P. Alston, 前注 81, 见第 88-89 页 (“因此，习惯法规则通过归纳推理牢固确立，其基础是行为，而不是言论……在过去和今后都无疑具有若干优点。习惯法规则牢固可靠，是在各国实际有形互动的基础上仔细确立，能借以对今后国家行为作出合理可靠的预测”)；H. Thirlway, 前注 229, 见第 76 页 (“习惯……发展缓慢——尽管并非总是像此前那么缓慢，但习惯产生于各国的实际惯例，因此往往能精确反映各国彼此冲突的利益的平衡，代表其深思熟虑的意向”)；D. J. Bederman, *Custom As a Source of Law* (Cambridge University Press, 2010), 162。

<sup>231</sup> R. Y. Jennings, 前注 67, 见第 4-6 页。

<sup>232</sup> 例如见 L. Henkin, *International Law: Politics and Values*(Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 29 (“这一定义表述容易，但解释和适用很难，并继续提出困难的问题，一些是“运作性的”，一些是概念法理性的”)；J. L. Goldsmith and E. A. Posner, “Notes Toward a Theory of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92(1998), 53 (“习惯国际法的标准定义……提出了永久性、基本未得到回答的问题”)；M. Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*(Cambridge University Press, 1999), 130-131 (“关于习惯国际法的传统双要素概念的一个问题是，按时间先后顺序的排列显然有矛盾：创立新的习惯规则的国家必须确信这些规则已经存在，因而它们的做法是符合法律的”)；A. T. Guzman and T. L. Meyer, “Customary International Law in the 21st Century”, in R. A. Miller and R. M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 199 (“传统上对习惯国际法提出批评的人指出，习惯国际法定义是循环的；习惯国际法规则很含糊，难以适用；我们缺乏标准，无法判断习惯国际法规则的两项要求有无得到满足”)；R. Kolb, 前注 224, 见第 137-141 页；A. D’Amato, 前注 48, 见第 7-10 页和第 73-74 页。

构成的国际习惯法“发展过于缓慢，跟不上其努力规范的国家关系的变化步伐”，<sup>233</sup>而且规范效率极低。<sup>234</sup> 另有人认为，“传统”理论体现了严重的民主赤字。<sup>235</sup> 这种理论由于其实证性质，在确定习惯国际法时无法充分考虑到国际社会的各种价

<sup>233</sup> C. G. Fenwick, “The Sources of International Law”, *Michigan Law Review*, 16(1918), 393, 397. 例如, 另见 G. J. H. van Hoof, 前注 49, 见第 115 页(“习惯国际法的发展过于缓慢, 无法在目前国际法必须涵盖的领域迅速订立所需的规则”); C. De Visscher, “Reflections on the Present Prospects of International Adjudication”, *American Journal of International Law*, 50(1956), 467, 472(“不可否认, 传统的习惯发展跟不上目前国际关系的步伐”); R. Kolb, 前注 224, 见第 124-125 页(提及传统方法时说“习惯法经常过于累赘, 在需要紧急创立国际法一般规范的特定时刻, 无法迅速形成”); W. Friedmann(ed.), *The Changing Structure of International Law*(Steven & Sons, 1964)121-124.

<sup>234</sup> 例如见 W. M. Reisman, “The Cult of Custom in the Late 20th Century”, *California Western International Law Journal*, 17(1987), 133, 134, 142-3(认为习惯是“过时的, 是返祖现象”, 提出下列问题: “如果有目的的立法对于在像我们这样的基于科学的工业文明社会澄清和实施政策是如此重要的工具, 那么, 我们在复杂得多、多样得多的全球文明社会内怎么可能放弃这种工具呢?”, 最后得出结论认为“造法的习惯过程不能应对世界面临的极大的问题”); J. O. McGinnis, “The Comparative Disadvantage of Customary International Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30(2006), 7, 11-12(认为习惯国际法“不适合于尽可能增进人民的福祉”, 因为习惯国际法是国家创立的, 而不是人民创立的, 而且由于构成国际社会的国家各不相同, “不可能产生高效率的规范, 甚至对国家来说也是如此”); S. Estreicher, “Rethinking the Binding Effect of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 44(2003), 5, 9, 11, 14(认为“纯粹从功能角度来说, 在由主权国家组成的世界上, 关于习惯国际法的说法难以维持”, 而且由于没有重大的逐渐进展, 习惯国际法的代价高于惠益); C. G. Fenwick, 前注 233, 第 398 页(“习惯作为国际法的一个渊源的另一个弊端是无法调整总体有缺陷的系统, 或者甚至无法按照面向未来的进步思路修正某些内容”); E. Kontorovich, “Inefficient Customs in International Law”, *William and Mary Law Review*, 48(2006), 859, 921(“国际习惯发展的框架缺乏提高群组规范发展效率的特点”); V. Fon and F. Parisi, “International Customary Law and Articulation Theories: An Economic Analysis”, *International Law and Management Review*, 2(2006), 201, 202(解释说“依赖传统习惯规则的结果可能会系统性地达不到通过制定规范可取得的结果”); G. Palmer, “New Ways to Make International Environmental Law”, *American Journal of International Law*, 86(1992), 259, 266.

<sup>235</sup> 此类见解可能涉及不同背景(如国际或国家)下民主进程的不同方面; 例如见 S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law* (Hart Publishing, 2010), 150(“习惯在民主合法性方面造成了特别的问题, 因为没有要求某国同意新的习惯规范的出现, 没有要求要有多数国家参与习惯的形成, 没有要求只有民主国家参与, 没有要求国家惯例符合各国人民的意愿……此外, 由于习惯规范从定义上来说不是以权威的方式成文的, 确定和解释习惯义务的责任经常在于非国家行为体、法官、学术界等等, 言外之意, 对于‘适用’习惯义务的责任来说也是如此, 而无需考虑到这些规范所针对的国家的态度”); O. Schachter, 前注 225, 见第 536 页(“一个历史事实是, 很大一部分习惯国际法是由极少数国家创立的”); O. Yasuaki, 前注 123, 见第 20 页; J. O. McGinnis, 前注 234, 见第 8 页(“习惯国际法的一个极其明显的问题……是其定义本身所体现的民主赤字”); W. S. O’Keefe, “Customary International Law and the Question of Legitimacy”, *Harvard Law Review Forum*, 120(2007), 19, 26(重点讨论美国法律制度, 但可能也与别处制度相关, 认为“从根本上来说, 关于合法性的这种批评主要有彼此相关的两点: 其一是联邦法官在适用习惯国际法方面有过多的自由裁量权, 使他们能将‘他们认为国际法规范’的任何东西偷偷地塞入美国法律, 其二是习惯国际法不是通过民主问责的政治制度形成的” )。

值观,而且还可能使习惯国际法与基本人权相悖。<sup>236</sup>最后,一些学者甚至声称,“传统”理论纯属虚构。<sup>237</sup>

98. 在此背景下,用其他方法(有时被称为“现代”方法)探讨习惯国际法的人试图解释习惯国际法的构成要素,结果将其作为国际法的一个渊源。一些学者认为,这种偏离“传统”学说的做法是“补充缺失的习惯理论”的一种学术尝试,<sup>238</sup>而其他人则认为,这是一种有意的努力,是为了“根据国际法需要应对的实质问题的与日俱增的紧迫性调整我们对习惯造法的认识”;<sup>239</sup>在这两种情况下,都有人提出用单一要素理论取代严格相加的(双要素)习惯形成模式,主要是不再强调两项标准要求之一,或将两项要求放在一起。若干学者呼吁削弱法律确信的作用,认为在多数情况下,仅凭借广泛一致的国家惯例,就足以构建习惯

<sup>236</sup> 例如见 J. Klabbbers, “The Curious Condition of Custom”, *International Legal Theory*, 8 (2002), 29, 34 (“关于道义方面(特别是人权)的规定,传统的习惯概念已不再合理”); A. Pellet, “‘Droits-de-l’Hommisme’ et Droit International”, *Droits Fondamentaux*, 1 (2001), 167, 171-2; J. Wouters and C. Ryngaert, “Impact on the Process of the Formation of Customary International Law”, in M. T. Kamminga and M. Scheinin (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (Oxford University Press, 2009), 111, 129, 130 (“经典实证方法可能……对人权的法律保护和促进工作构成严重困难”); H. Charlesworth, 前注 46, 见第 192 页 (“在法律渊源问题上,传统形式的国际习惯将国家同意置于比规范概念更优先的地位”); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2011), 72 (提及习惯国际法的传统方法时说:“这种创立规则的方法已经过时,但有其后果,因为习惯法在范围上受到限制,不能被用作法律政治工具。此外,由于习惯法的基础是用法,可据此创立的规范的类型就有限制”); M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 1989), 41.

<sup>237</sup> 例如见 N. C. H. Dunbar, “The Myth of Customary International Law”, *Australian Yearbook of International Law*, 8 (1978/80), 1, 8, 18 (“一个错误的认识是以为普遍性的国家惯例当然创立法律。法律的创立只能靠立法,或靠法院法官的判决,或就国际法而言,靠条约”); S. Estreicher, 前注 234, 见第 8 页 (称传统的说法“在法律上当然是虚拟的。从缄默中取得的同意,是一种值得怀疑的同意形式”); J. P. Kelly, 前注 122, 见第 460、469 和 472 页 (“习惯国际法的前提是,各国尽管对价值观缺乏共识,仍然可能接受且创立具有约束力的法律规范,而无需确定接受与否的正式程序。这一前提是令人怀疑的……没有哪种方法可保证精确衡量各国的规范态度。目前使用的手段将法律确信贬至虚拟的程度……此外,采用国家惯例构建规范的整个工作也是可疑的”)。

<sup>238</sup> 借用 A. D’Amato 在 “Trashing Customary International Law” 一文中的用词,前注 122, 见第 101 页。一些人认为,由于“宽松地”适用传统定义,“文献里才[出现了]新的现代定义”: H. E. Chodosh, “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, 26 (1991), 87, 88; 另见 R. B. Baker, 前注 229。

<sup>239</sup> E. Voyiakis, *A Theory of Customary International Law* (2008 年 1 月 25 日), 可查阅 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=895462>, 第 6 页; 另见 F. Orrego Vicuña, 前注 48, 见第 38 页 (“人们很快发现,可以认为习惯法的含义与其传统含义不同,这是实现预定目标的容易得多的途径”); A. E. Roberts, 前注 225, 见第 766 页 (“现代习惯显示的一种欲望是,创立一般国际法,在重要道德问题上可对所有国家都具有约束力”)。

国际法。<sup>240</sup> 其他人对习惯法的普通概念偏离得更远，他们的意见完全相反，主张将对惯例的要求放松至最低限度，重点注意法律确信要素，<sup>241</sup> 这些意见主要反映于在国际论坛上的发言。<sup>242</sup> 后一种观点是目前人们所理解的“现代习惯”的核心。这一观点最终使确定“新的习惯国际法”的工作变成规范性工作，而不是严格意义上的考查经验的工作。持这种观点的人采用推理方法，<sup>243</sup> 试

<sup>240</sup> 例如见 A. D'Amato, "Customary International Law: A Reformulation", *International Legal Theory*, 4 (1998), 1 "其他学者曾认为我的著述很激进；随着时间的推移，我很不情愿地得出结论认为，我的观点也许还不够激进。我本来不应试图在法律确信概念的范围内探讨问题，而应彻底摒弃法律确信"；L. Kopelmanas, "Custom as a Means of the Creation of International Law", *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), 127, 129-130 ("关于习惯形成的实质要素和心理要素的[这两个]条件中的第一个实际上是我们提出的问题[什么是产生习惯的发展的特别过程]的实质……我们将同时努力审查国际习惯是否仅产生于根据有法律规定的印象之下开展的活动的活动。这些是对此要点提出质疑的很好的理由")；H. Kelsen, "Theorie du Droit International Coutumier", *Revue Internationale de la Theorie du Droit*, 1 (1939), 253, 263 (其中提出一种观点，但他后来又放弃了这一观点。这种观点是，“一种理论认为，构成习惯的行为应被排除在履行司法义务或行使权利的意图之外[……]。这种理论显然是站不住脚的”)；P. Guggenheim, "Les deux éléments de la coutume en droit international", in C. Rousseau (ed.), *La Technique de les Principes du Droit Public: Etudes en l'Honneur de Georges Scelle* (L. G. D. J, 1950), 275, 280 ("……证明这种[主观]要素的存在是不可能的。因此，应放弃主观要素")；M. H. Mendelson, 前注 41, 见第 250、289 页。

<sup>241</sup> 例如见 B. Cheng, "Epilogue", in Bin Cheng (ed.) *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982) 223 ("因此，主要的事项是承认用法(既定习惯)对于人们通称的‘习惯国际法’——无论其名称为何——仅仅是证据性的，而不是构成其内容")；A. T. Guzman, "Saving Customary International Law", *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), 115, 153 (从真正意义上来说，“习惯国际法事关法律确信的要求，而不是惯例的要求……那么，如要采取合理选择的方式，国家惯例要求就没有运作的空间，只能作为揭示法律确信的证据。惯例可以反映某一特定规范是否被认为具有强制性性质，但惯例本身不能使规范具有这种强制性性质")；R. Bernhardt, 前注 224, 见第 266 页("我甚至赞同，在特殊情况下，如果关于某种行为有必要或受禁止的规则已经得到普遍核可，那么就不需要有惯例。在这方面，我将接受‘即时法’产生的可能性")；B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010)。

<sup>242</sup> 例如见 B. Cheng, "United Nations Resolutions on Outer Space: 'Instant' International Customary Law?", *Indian Journal of International Law*, 5 (1965), 23, 37 ("没有理由认为法律确信不能在很短时间内在联合国所有或一些会员国中发展成熟，结果习惯国际法的新规则可在它们之中形成。也没有理由认为会员国为何不能利用大会决议确立新的共同的法律确信的实在意义")；L. Sohn, "Generally Accepted" International Rules, *Washington Law Review*, 61 (1986), 1073, 1074。

<sup>243</sup> 另见 I. I. Lukashuk, "Customary Norms in Contemporary International Law", in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (Kluwer Law International, 1996), 488, 493 ("这些规范与传统习惯规范的共同之处是两者均由未成文形式的规定和法律确信组成。不同点是前者不是强化已有的某一惯例，而是用以启动新的做法。与传统习惯规范相比，这些规范更多重视应该的做法，而不是既定做法")；A. E. Roberts, 前注 225, 见第 763 页("现代习惯来自主要产生于抽象的法律确信说明的规范——从理论到实践")；R. Kolb, 前注 224, 见第 126 页("因此，这种推理性习惯是‘与实际情况相对的’习惯，这一概念的确与经典习惯法概念相去甚远")；B. Simma 和 P. Alston, 前注 81, 见第 89 页("习惯造法过程因而变成了自成体系的说理工作。现在所用的方法是推理性的")。

图使习惯国际法成为造法更快、更加灵活的国际法渊源，能够发挥“乌托邦的潜力”，并“弥补条约法僵化的不足”，<sup>244</sup> 在人权法、人道主义法和环境法领域尤其如此。<sup>245</sup> 的确，“重视法律确念，对于那些希望扩展被认为是习惯国际法的规范的人来说，很有吸引力。如果可以忽视对惯例的要求或削弱其作用，就有可能要求将无限的道德权利列入习惯国际法规则清单”。<sup>246</sup> 这种“概念伸

<sup>244</sup> H. Charlesworth 的用语，“The Unbearable Lightness of Customary International Law”, *American Society of International Law Proceedings*, 92(1998), 44. 另外，例如见 M. P. Scharf, “Seizing the Grotian Moment: Accelerated Formation of Customary International Law in times of Fundamental Change”, *Cornell International Law Journal*, 43(2010), 439, 450, 467-468 (“在根本变化时期——无论是技术进步、新形式的危害人类罪的施行还是新形式的战争或恐怖主义的发展——也许都有必要迅速发展体现于大会决议的习惯国际法，使国际法能跟上其他方面发展的步伐……只要有特别明确、广泛的法律确念，就可利用‘格罗休斯时刻’尽可能缩小在这种转变时期内对必要的国家惯例依赖的程度和时间”); O. Schachter, 前注 225, 见第 533 页(称“新的习惯国际法”是对“当代国际环境里”的需求的反应，在当代国际环境里“各国政府觉得需要有新的法律，而由于某种原因，新法律无法通过多边条约充分形成”)。

<sup>245</sup> 例如见 J. Kammerhofer, “Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship”, in M. Happold(ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), 138, 147 (“据认为，被视为传统或正统的习惯国际造法方法与激进学者倡导的人文目标不符。正由于如此，过去十年里，从事人权法和人道主义法学术研究的一部分有影响力的学者在国际法的这些领域发展了探讨国际法的新方法”); J. Wouters and C. Ryngaert, 前注 236 (“有人经常争辩说，人权和国际人道主义法领域习惯法形成方法从结构上来说不同于国际公法中传统的习惯法形成方法……如果‘事关重大’，以国家同意和广泛一致的国家惯例为基础的经典的法律形成方法可在某种程度上予以放松……换言之，国家惯例有选择地用来说明某一道义上并不中立的习惯规范的理由”); D. Hunter, J. Salzman and D. Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, 2nd edition (Foundation Press, 2002), 312-313 (“随着时间的推移，宣布环境保护原则的许多国际条约、宣言和决议不断增加。因此，学者们开始辩论国际环境法习惯规则是正在出现还是已经出现的问题……这些规则和可能的习惯规范在接受习惯规范标准(如一致的国家惯例和法律确念的存在)检验时面临特别的困难……尽管如此，这些原则在司法意见中及在其他处日益被承认为习惯法，也许反映了关于习惯法如何形成的不断变化的概念”); H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (1994), 335; D. Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2010) 191-204; R. Jennings, “Customary Law and General Principles of Law as Sources of Space Law”, in K-H. Böckstiegel(ed.), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space: State of the Law and Measures of Protection* (Carl Heymanns Verlag, 1990), 149, 151.

<sup>246</sup> A. T. Guzman, 前注 223, 见第 186 页。另见 B. Simma 和 P. Alston, 前注 81, 见第 83 页 (“一个很大的诱惑是将习惯法视为正式渊源，以相对直接的方式提供所希望的答复。具体而言，如果习惯法的构建或处理时能推出对所有国家都适用的相对全面的整套规范，那么，关于国际人权法的渊源的辩论，无需更多争执即可终结。鉴于公正的世界秩序的人权构成部分的根本重要性，很大的诱惑是调整或重新解释习惯法概念，以确保习惯法能提供‘正确’答案，而这种诱惑对一些人来说是不可抗拒的”); T. Meron, “International Law in the Age of Human Rights”, 301 *Receuil des Cours* (2004)。

张”<sup>247</sup> 被称为“新的习惯活力”，<sup>248</sup> 也鼓励人们要求开放习惯法创立之门，对非国家行为体开放，即对国际组织及其机构开放，<sup>249</sup> 并对个人开放。<sup>250</sup>

99. “订正或‘更新’习惯”<sup>251</sup> 的尝试受到一些严厉的批评，主要的批评意见称，“现代习惯”事实上根本不是习惯国际法。<sup>252</sup> 坚持“传统”方法的人还强

<sup>247</sup> R. B. Baker, 前注 229, 见第 31 页(用语“由社会科学家 Giovanni Sartori 创造, 用以描述既定概念不经所需调整用于新情况时产生的扭曲现象”); 另见 R. Kolb, 前注 224, 见第 123 页(提及“概念不断软化”); L. Henkin, 前注 232, 见第 37 页(“有意创造习惯, 是一项重大革新, 的确反映了一种激进的概念。法律是条约创立的, 但根据习惯而发展, 现在的一些趋势是将习惯视为有意立法的一个手段, 作为条约造法的替代方式。为此目的运用习惯概念, 事关传统定义, 但现在惯例有时是指意在创立规范而不是反映规范的活动”); A. Seibert-Fohr, “Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order”, in A. Zimmerman and R. Hofmann (eds.), *Unity and Diversity in International Law* (Duncker & Humblat, 2006), 257, 273 (“习惯国际法的相关性最终取决于适用习惯国际法标准的严格程度”)

<sup>248</sup> A. Cassese 提及的术语, 前注 121, 见第 165 页; 另见 R. Müllerson, 前注 123, 见第 359 页。

<sup>249</sup> 例如见 I. Gunning, “Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights”, *Virginia Journal of International Law*, 31 (1991), 211, 212-213 (“尤其是对关于国家主权的传统措辞的全面性提出质疑, 本文探讨允许跨国组织和非政府组织在创立习惯方面有合法发言权的前景”); H. Meijers, “On International Customary Law in the Netherlands”, in I. F. Dekker and H. H. G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (T. M. C. Asser Press, 2003), 77, 80, 125 (“习惯国际法规则与条约法规则一样, 分两个阶段形成。在第一阶段, 发展规则的是国际法主体, 特别是国家, 有时还有国际组织。在第二阶段, 规则转变成法规……这两个阶段……经常彼此重叠”); N. Arajärvi, *From State-Centrism to Where?: The Formation of (Customary) International Law and Non-State Actors* (May 3, 2010), 可查阅 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599679>, 23 (“非国家行为体的确会对国际造法发挥作用, 不仅以影响国家的方式起间接作用, 而且也通过其行动和声明对习惯规则的发展起直接作用”)

<sup>250</sup> 例如见 L. -C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 342, 346; C. Ochoa, 前注 90, 见第 164 页; D. J. Bederman, 前注 230, 见第 162-163 页。

<sup>251</sup> B. Simma and P. Alston 提及这一点, 前注 81, 见第 83 页。

<sup>252</sup> 例如见 P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77 (1983), 413, 435 (“问题不仅仅是习惯形成过程加速, 而是在习惯理论方面发生了真正的革命”); K. Wolfke, 前注 41, 见第 2 页(“首先, 尤其应强调, 国际习惯与任何习惯一样, 是以行为的常规性为基础的。不以传统字面含义内的‘习惯’为基础的习惯国际法只能是一种错误的命名”); R. Jennings, “What is International Law and How Do We Tell it When We See It”, *The Cambridge Tilburg Lectures* (Kluwer, 1983), 11 (“也许现在时间已到, 需要正视一个事实: 对习惯的正统检验——惯例和法律确信——经常不仅不充分, 而且甚至与今天确定许多新法律的方式无关。原因很简单: 许多新法律根本不是习惯, 甚至也不像习惯。这些是新近的产物, 是创新的结果, 涉及专题政策决定, 经常是争议的核心。与通常含义上的习惯不相像的任何事物都将难以想象”); G. J. H. van Hoof, 前注 49, 见第 86 页(“习惯法与即兴是不可相容的两个概念。此外, 国际法是确定秩序和规范的工具, 而冲淡国际法渊源的含义、使其几乎消失的做法对于国际法的有效运作是有害的”); G. Abi-Saab discussing “Custom and Treaties”, in A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 10 (“我们现在称不同的东西为习惯, 我们保持了名称, 却扩展了相关现象……事实上, 我们有了新酒, 但我们想把它装入习惯的

调,推行“新种类”的习惯国际法,破坏了习惯作为国际法渊源的权威力量和说服力,<sup>253</sup>破坏了国际法整体的权威力量和说服力。<sup>254</sup>一些人补充说,从分析角度来看,“非传统”方法本身是不稳定的,<sup>255</sup>这些是“可疑的做法”,<sup>256</sup>我们也可以说这种做法缺乏民主。<sup>257</sup>

旧瓶里。在某一时刻,我们必须考虑到这种质变,我必须承认我们不再谈论同一来源的事物,但我们现在面临是一种全新的造法方式”); J. P. Kelly, 前注 122, 见第 492 页(“‘新的习惯国际法’理论家在重新界定国家惯例和法律确念时,试图创造造法新过程,而不是利用习惯法方法”); R. Kolb, 前注 224, 见第 123 页(“‘习惯’的标题在用于国际社会一系列现代造法现象时,也许变得过于狭窄,过于容易引起误导。这些现象归于此标题之下,正是因为在此条约法之外缺乏被人接受的另一新的造法基础”); J. Kammerhofer, 前注 245, 见 152、157 页(“激进学者编造法律,借此推进实在国际法并没有表达的目标……国际法学术界在当前环境中倾向于对外界压力‘屈服’,通过引进外界论点,歪曲我们的实在国际法观点”); N. Petersen, 前注 81, 见第 282、284 页(“习惯按其本身的概念,需要有常规做法,要有国家惯例的存在……没有以习惯为基础的习惯法难以想象”); M. Koskenniemi, “Introduction”, in M. Koskenniemi (ed.), *Sources of International Law* (Ashgate Dartmouth, 2000), xxi (“实际上,‘习惯’似乎就其本源而言更为合理,在适用中更为切实,即使列为‘习惯’的各种标准不容易与关于习惯法出现和确认的标准理论相吻合”); A. M. Weisburd, 前注 229, 见第 46 页(“称国家惯例在法律上无关宏旨的说法,实际上是称,与在各国间达成真正共识的方法相比,创立国际法有更加容易的途径。但事实上没有更容易的途径,要尊重真理,我们就需要承认事实”); J. I. Charney, 前注 122, 见第 543、546 页(提及最近创立习惯法的“更为结构化的方法”,认为这一过程“与习惯造法过程的传统理解大相径庭,因为习惯造法过程需要借鉴长时间的一般惯例”); B. Cheng, “Custom: The Future of General State Practice in a Divided World”, in R. S. J. Macdonald and D. M. Johnson (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (1983), 513, 548。

<sup>253</sup> 例如见 S. Estreicher, 前注 234, 见第 15 页(“我们正走向至上而下、受政论家推举、充满政策意见、几乎即兴而成的习惯国际法的时代,而这种自动吸收[入国内法]的做法的合法性特别成问题”); A. D’Amato, 前注 122, 见第 101-105 页; R. Y. Jennings, 前注 67, 见第 6 页。

<sup>254</sup> 例如见 H. E. Chodosh, 前注 238, 见第 99 页; G. J. H. van Hoof, 前注 49, 见第 107 页; J. P. Kelly, 前注 122, 见第 540 页; P. Weil, 前注 252, 见第 441 页(“这种将规范性相对化的做法……最终可能使国际法陷于残障状态,使其无法行使其原有的一贯功能”)

<sup>255</sup> 例如见 G. J. Postema, “Custom in International Law: A Normative Practice Account”, in A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 279, 281-282。

<sup>256</sup> B. Simma and P. Alston, 前注 81, 见第 107 页; 另见 I. D. de Lupis, *The Concept of International Law* (Norstedts, 1987), 13, 116 (“在这项工作中……‘习惯法’的概念变得如此虚无缥缈……令人奇怪的是,这么多的学者仍然接受‘习惯法’的含糊的轮廓和漂浮的内容。在领土主张范畴以外,习惯法在现代国际公法内没有依据,没有理由。习惯法已经成为任何未经确定的行为或规则都可归于其下的地毯,随后经常又使人确信,某一规则因此在此地毯之下,而必须就是有效的‘法律’”)

<sup>257</sup> 例如见 D. J. Bederman, 前注 230, 见第 145 页(“现代习惯的关键缺陷是,赞美理想的国家行为标准,脱离实际国家惯例。如果合法性和透明度作为习惯国际法的衡量标准很重要……,

100. 虽然一些学者将对待习惯国际法的“传统”方法和“非传统”方法描述为“一套成对的对立体”，<sup>258</sup> 但其他学者试图调和两者，合二为一，从而制定共同的习惯概念或整体习惯理论。<sup>259</sup> 虽然这种尝试也许能令人信服，但由于不断的学术争论和与习惯国际法相关的内在困难，若干国际法律师宣称这是一个“有问题的概念”，<sup>260</sup> 一个“基本有争议的”概念，目前还面临“身份危机”。<sup>261</sup> 此外，习惯国际法因缺乏统一的概念，而被批评为不确定的法律。<sup>262</sup> 一些学者甚

那么就继续采用看待习惯国际法的传统观点——即使第三十八条第一项(丑)款的措辞所反映的传统观点并不完善”); F. Orrego Vicuña, 前注 48, 见第 37 页(争辩说, “现代”习惯国际法是“通过非法治手段实行新的极权主义的表现”); J. L. Goldsmith and E. A. Posner, “Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40(2000), 639, 667(争辩说, 现代习惯国际法“在国家同意方面缺乏适当重心。新的习惯国际法的内容很含糊。此外, 新的习惯国际法的援引和使用显示机会主义的性质”); H. E. Chodosh, 前注 238, 见第 104-105 页(由于少数为多数制定规则, 因而这一过程是不民主的); S. Estreicher, 前注 234, 见第 7 页(认为“现代”习惯国际法被“各国很有资格的政论家……和其他国际法激进人士用来试图扩展习惯法的范围, 从而帮助推进学者的特定政治目标、意识形态目标或人道主义目标”); J. P. Kelly, 前注 122, 见第 520 页(争辩说, 新的习惯国际法方法“没有解决‘民主赤字’的问题。各国虽然可以同意仅仅作为建议的一般性、抽象的决议, 但既不同意有约束力的规范, 也不在确定决议中的哪些规范应转换为具有约束力的习惯义务的工作中发挥作用……若要有民主合法性, 就需要有各国的全面参与或实际同意[而这两种情况都不存在]”)。

<sup>258</sup> T. Stein, 前注 227; 例如, 另见 M. Koskenniemi, 前注 236, 见第 388 页; J. A. Beckett, *The End of Customary International Law?: A Purposive Analysis of Structural Indeterminacy* (PhD thesis, University of Glasgow, 2008), 238-258; R. B. Baker, 前注 229, 见第 10 页。

<sup>259</sup> 例如见 A. E. Roberts, 前注 225, 见第 767 页; I. I. Lukashuk, 前注 243; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008) 100; A. Seibert-Fohr, 前注 247, 见第 272-277 页; L. Condorelli, 前注 228, 见第 148 页; J. Tasioulas, “Customary International Law and the Quest for Global Justice”, in A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 307, 320; J. L. Goldsmith and E. A. Posner, 前注 257, 见第 672 页; E. Voyiakis, 前注 239, 见第 15、16 页; J. D’Aspremont, 前注 227, 见第 145 页; R. Kolb, 前注 224, 见第 122 页; W. T. Worster, *The Inductive and Deductive Methods in Customary International Law Analysis: Traditional and Modern Approaches* (January 6, 2013), 可查阅 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2197104>。

<sup>260</sup> G. J. Postema, 前注 255, 见第 279 页。

<sup>261</sup> B. Simma 和 P. Alston, 前注 81, 见第 88 页。另见 K. Wolfke, 前注 41, 见第 2 页; J. Kammerhofer, 前注 85, 见第 551 页。

<sup>262</sup> 关于不确定性的意见一般提及确定习惯国际法规则是否已经出现的困难或精确确定其具体内容的困难(或这两方面的困难)。例如见 J. Kammerhofer, 前注 85, 见第 536 页(“我们既无法充分了解习惯形成的规则, 也不知道这些规则如何形成”); L.-C. Chen, 前注 250, 见第 351 页; A. T. Guzman, 前注 241, 见第 128 页; J. L. Goldsmith 和 E. A. Posner, 前注 232; K. Wolfke, 前注 124, 见第 xiii 页; C. L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties* (North-Holland Publishing Company, 1976), 63; G. Mettraux, 前注 136, 见第 14 页。

至争辩说，“传统”或“现代”习惯国际法即使不算不合理的国际法渊源，也仍然是十分成问题的国际法渊源，也许应该予以彻底摒弃。<sup>263</sup>

101. 然而，学者们在其著述中也广泛承认习惯国际法为“一般国际法的主要构建材料”，<sup>264</sup> 并坚持为其辩护，认为它在国际规范中具有不可否认的突出作用。<sup>265</sup> 若干学者强调，恰恰是这种灵活性，才使习惯国际法成为国际法

<sup>263</sup> 例如见 J. L. Goldsmith 和 E. A. Posner, 前注 257, 见第 640-641、672 页 (“虚假的许诺是, 习惯国际法——无论是传统的还是新的习惯国际法——对国家行为产生影响。我们认为, 新的习惯国际法没有比旧的更加缺乏一致性或更不合理……我们不承认现代习惯国际法与旧的习惯国际法有什么重要区别。根本的区别是内容: 旧的习惯国际法的重点在于国家间的商业关系和军事关系; 现代习惯国际法的重点在于人权……与旧的习惯国际法一样, 现代习惯国际法主要是激发性的”); A. Boyle 和 C. Chinkin, 前注 223, 见第 21 页 (“尽管有‘即兴’习惯法的各种说法, 但这一非正式、不成文的造法模式从本质上来说是保守的, 是往后看的, 因为这种模式依赖现有国家惯例。由于习惯法规则的存在及内容很不确定, 人们可以提出缺乏国家惯例内容或法律确念的机会主义主张。习惯国际法允许各国拒不接受条约规定, 而在它们认为某一未经批准的条约的某些部分可取时, 即援引这些内容”); J. O. McGinnis, “The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO”, *Virginia Journal of International Law*, 44 (2003), 229-284 (认为习惯国际法是有可能使多边条约中仔细商定的妥协付诸东流的一套法律); J. P. Kelly, 前注 122, 见第 456、500 页 (“传统的习惯国际法和‘新的习惯国际法’的实质性规范都是来自主观原则, 而不是以经验为基础的”, 因此 “缺乏国际社会的权威……争议的不可避免的, 因为习惯国际法理论要素是空的容器, 其中可以装入个人自己国际法规范性理论” )。

<sup>264</sup> V. I. Kuznetsov 和 B. R. Tuzmukhamedov, 前注 222, 见第 77 页。

<sup>265</sup> D. F. Vagts, “International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist’s Defence”, *European Journal of International Law*, 15 (2004), 1031-1040; S. Sur, 前注 67, 见第 167 页; G. Norman and J. P. Trachtman, “The Customary International Law Game”, *American Journal of International Law*, 99 (2005), 541; E. T. Swaine, 前注 151, 见第 562 页; H. Bokor-Szegő, remarks on the “Contemporary Role of Customary International Law”, in *Proceedings of the ASIL/NVIR Third Joint Conference (1995)* 18; J. Dugard SC, *International Law: A South African Perspective*, 4<sup>th</sup> edition (Juta & Co., 2011), 26; B. Chiagara, *Legitimacy Deficit in Custom: A Deconstructionist Critique* (Ashgate Dartmouth, 2001) 48; W. W. Bishop, “Sources of international law”, in *General course of public international law, Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1965) 115, 220, 230; J. L. Kunz, 前注 65, 见第 665 页; T. Treves, 前注 73, 见第 91 段; A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy, ‘The Character of Customary Law: An Introduction’, in A. Perreau-Saussine and J. B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law: Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge University Press, 2007), 8; A. T. Guzman 和 T. L. Meyer, 前注 232, 见第 197 页; A. T. Guzman, 前注 241, 见第 116、119-121、175 页; R. Bernhardt, 前注 224, 见第 265 页; A. Seibert-Fohr, 前注 247, 见第 271 页; M. H. Mendelson, 前注 41, 见第 169 页; G. Schwarzenberger, “International Jus Cogens?”, *Texas Law Review*, 43 (1965), 455, 476; F. Orrego Vicuña, 前注 48, 见第 38 页。

的一个很有价值的渊源。<sup>266</sup> 他们认为，确定法律的困难不是习惯国际法独有的。<sup>267</sup> 学者们在继续辩论习惯国际法问题。这种辩论无疑将继续。<sup>268</sup>

## 第五部分：今后工作

### 十二. 今后工作方案

102. 特别报告员在 2014 年的第二次报告中将提议开始讨论习惯国际法的两个要素，即国家惯例和法律确信及两者的关系。将审议的事项有条约对习惯国际法的影响和国际组织的作用。2015 年的第三次报告将根据专题工作的进展继续讨论这些问题，并更加具体地探讨某些特定方面的问题，例如“一贯反对”规则和“特别”或“区域”习惯国际法。第二和第三次报告将提出委员会审议的一系列结论草案。特别报告员的目的是考虑到国际法委员会的讨论情况、第六委员会的辩论情况以及随着工作的进展其他各方对工作的反应，在 2016 年编写一份附有经订正的结论草案和评注的最后报告。

<sup>266</sup> 例如见 J. Pearce, “Customary International Law: Not Merely Fiction or Myth”, 2003 *Australian International Law Journal* (2003), 125; D. Bederman, 前注 223, 见第 41、42-43 页。在委员会第六十四届会议上，Murase 先生也提出了这样的立场。他说，“含糊性从本质上来说可能是习惯国际法存在的理由，习惯国际法之所以有用，正是因为它很含糊”(A/CN.4/SR.3148, 第 7 页)。

<sup>267</sup> 例如见 I. Brownlie, in A. Cassese and J.H.H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), 68 (“我认为，目前主要的问题是个老问题：确定法律始终是困难的。即使有了条约，仍然有必要确定特定案文的含义；条约可能已经存在 20 年，但如果法院没有对其做出多少解释，那么确定法律的工作仍然有待完成。”)

<sup>268</sup> 例如见 J. Klabbbers, 前注 236, 见第 37 页; D. P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), 198, 199; R. Kolb, 前注 224, 见第 119 页。