



国际法委员会

第六十七届会议

2015年5月4日至6月5日和
7月6日至8月7日，日内瓦

关于习惯国际法的识别的第三次报告

特别报告员：迈克尔·伍德*

目录

	页次
一. 导言	3
二. 两组成要素之间的关系	5
三. 不作为被视作惯例和(或)接受为法律的证据	10
四. 条约和决议的作用	15
A. 条约	16
B. 国际组织和国际会议通过的决议	29
五. 司法裁决和论著	37
A. 司法裁决	38
B. 论著	40
六. 国际组织的相关性	42
七. 特别习惯	49

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



八. 一贯反对者	53
九. 今后工作方案	61
附件	
增加的拟议结论草案.....	62

一. 导言

1. 2012 年,国际法委员会把“习惯国际法的形成与证据”这一专题纳入其当前工作方案,并以特别报告员的一份初步说明为依据举行了第一次辩论。¹
2. 2013 年,国际法委员会以特别报告员的第一次报告²和秘书处编写的一份备忘录³为依据,举行了一次一般性辩论。⁴国际法委员会将该专题的名称改为“习惯国际法的识别”。⁵
3. 2014 年,特别报告员为国际法委员会第六十六届会议编写的第二次报告⁶包含了用以确定习惯国际法规则的方法,并载有一份关于两组成要素性质和作用以及关于如何确定存在这两个要素的详细调查。报告提议了 11 项结论草案,分四个部分。正如所解释的那样,在同一份报告中论及惯例及其被接受为法律的问题,似乎是可取的,因为二者关系密切,⁷同时要指出将在第三次报告中就这些事项和其他事项提出进一步的结论草案。
4. 2014 年 7 月 11 日至 18 日,国际法委员会就第二次报告举行了一次辩论,⁸确认了国际法委员会成员对“两要素”方法的普遍支持。有一普遍的共识继续存在,即用以获取关于这一专题的指导的主要资料是国际上各法院和法庭,尤其是国际法院所作的裁决,而最后的研究成果应是一份实用指南,供从业人员参照,以完成其识别习惯国际法的任务。讨论的要点之一是,有必要在结论草案与评注之间,以及在提供清楚明确的指导与有必要保持作为国际法渊源的惯例的内在灵活性之间达成恰当平衡。会上强调了报告提出的若干问题,如不作为国际组织在习惯国际法的识别问题上的重要性和相关性,认为这些问题需要进一步分析和讨论。
5. 辩论结束后,第二次报告提议的 11 项结论草案被转交给起草委员会,起草委员会暂时通过了其中 8 项结论草案。(由于没有时间,起草委员会对 2 项结论草案

¹ 见 A/CN.4/653 号文件:关于习惯国际法的形成与证据的说明。

² A/CN.4/663 号文件。

³ A/CN.4/659 文件:国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素(下称“秘书处备忘录”)。

⁴ 见简要记录 A/CN.4/SR.3181、3182、3183、3184、3185、3186(2013 年 7 月 17 日、18 日、19 日、23 日、24 日、25 日);A/68/10 号文件:国际法委员会第六十五届会议报告(2013 年 5 月 6 日至 6 月 7 日和 7 月 8 日至 8 月 9 日),第 66 至 107 段。

⁵ 简要记录 A/CN.4/SR.3186(2013 年 7 月 25 日),第 5 至 6 页。

⁶ A/CN.4/672 号文件。

⁷ 同上,第 10 段。

⁸ 简要记录 A/CN.4/SR.3222、3223、3224、3225、3226、3227(2014 年 7 月 11 日、15 日、16 日、17 日、18 日);A/69/10 号文件:国际法委员会第六十六届会议报告((2014 年 5 月 5 日至 6 月 6 日和 7 月 7 日至 8 月 8 日,第 137 至 185 段。

未能予以审议，另有 1 项结论草案被删除。)2014 年 8 月 7 日，起草委员会主席在全体会议上就该委员会 2014 年开展的关于该专题的工作提出了一份临时报告。⁹ 起草委员会暂时通过的 8 项结论草案载于临时报告的一附件之中。如起草委员会主席所述，起草委员会希望正式提交一系列结论草案，包括临时报告所列各项结论草案(鉴于要编写本报告以及考虑到全体会议和起草委员会的进一步讨论，对这些结论草案酌情进行了修订)，供国际法委员会 2015 年第六十七届会议通过。

6. 起草委员会 2014 年暂时通过的 8 项结论草案分为三个部分：(a) 导言；(b) 基本方法；(c) 一般惯例。提议增加第四部分(其中将列出录自第二次报告但尚未讨论的结论草案)，标题为“接受为法律(法律确念)”。本报告还提出增加另外两个部分，标题为“特定形式的惯例和证据”；以及“习惯国际法规则的普遍适用的例外”。

7. 在第六委员会 2014 年的辩论中，各代表团普遍支持编制一份实用指南，形式为一套附有评注的结论，以协助从业人员识别习惯国际法规则。各代表团充分支持两要素方法。一些代表团补充表示，国际惯例和判例不支持一种看法，即在某些领域仅凭一个组成要素就足以确立习惯国际法规则。一些代表团建议探讨两要素在国际法具体领域各自权重的不同。尽管若干代表团承认，在确定一项习惯国际法规则时，要考虑的主要是国家的惯例，但也有一些与会者强调国际组织的惯例对习惯规则的形成和识别很重要，在会员国向国际组织移交了有关权限的情况下，则尤其重要。¹⁰

8. 在阅读本报告时，应结合前两次即 2013 年和 2014 年的报告、起草委员会的工作、以及 2014 年在国际法委员会和第六委员会中进行的辩论。本报告试图完成特别报告员提出的一套结论草案。为此，本报告论及第二次报告内未涵盖的某些事项，以及按商定国际法委员会将于 2015 年再次讨论的其他一些事项。本报告每一节都阐述一个具体领域：第二节将进一步阐述两组成要素之间的关系。第三节则更详细地研究作为惯例和(或)被接受为法律的证据的不作为，第四节论述的是条约和国际组织及国际会议通过的决议的作用。第五节论述司法裁决和论著，第六节再阐述国际组织的惯例问题。第七节和第八节研究两个具体问题，即特别习惯和一贯反对者。第九节提出关于这一专题的未来工作方案。为方便起见，将本报告中提议的结论草案(阅读时均需要结合特别报告员和起草委员会先前提出的结论草案)另列于一附件。

9. 在其 2014 年届会期间，国际法委员会再次请各国在 2015 年 1 月 31 日之前提供资料，说明以下文件体现的关于国际习惯法的形成与证据的国家惯例，以及在特定情况下有助于确立此种法律的证据类型：

⁹ 简要记录 A/CN.4/SR.3242；主席 2014 年 8 月 7 日报告的逐字文本可在下列网址查阅：http://legal.un.org/ilc/sessions/66/DC_ChairmanStatement%28IdentificationofCustom%29.pdf。

¹⁰ A/CN.4/678 号文件：秘书处编写的关于大会第六十九届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要，第 52 至 59 段。

(a) 在立法机构、法院和国际组织的正式发言；

(b) 国家、区域和次区域法院的裁决。¹¹

此外，国际法委员会表示，“希望收到介绍国家在国际法领域惯例的文摘和调查的资料”。¹²

10. 截至提交本报告时，除 2014 年收到的资料外，¹³ 又已收到 6 份资料。¹⁴ 欢迎在任何时候提供更多资料。

11. 若干机构再次组织了一些会议，讨论这一专题的各个方面，这些会议既令人鼓舞，也启发了思路。亚非法律协商组织(亚非法协)正在讨论习惯国际法的识别问题。据了解，其非正式专家组审议了其特别报告员的报告并通过了一系列评论意见，供亚非法协 2015 年 4 月的会议审议。¹⁵ 此外，自编写第二次报告以来，又有了新的法院和法庭裁决、以及论著，本报告也予以了考虑。

二. 两组成要素之间的关系

12. 2014 年在国际法委员会和第六委员会中提出需要进一步审议习惯国际法两组成要素之间的关系。¹⁶ 在这方面着重强调的问题包括两要素的时间因素以及两要素方法在国际法不同领域的适用。

13. 习惯国际法，即被接受为法律的一般惯例，形成于并体现于伴有法律确念的一次次行为。国际法院一再表示，“有关行为不仅要构成既定惯例，而且其本身或其实施方式须能够佐证一种看法，即有规则要求采用这种惯例，因此该惯例具有强制性”。¹⁷ 国际法院将习惯国际法的两个组成要素描述为“非并列存

¹¹ [A/69/10](#)，前注 8，第 29 段。

¹² 同上，第 30 段。

¹³ 比利时王国；博茨瓦纳共和国；古巴；捷克共和国；萨尔瓦多共和国；德意志联邦共和国；爱尔兰；俄罗斯联邦；大不列颠及北爱尔兰联合王国；以及美利坚合众国。

¹⁴ 奥地利；捷克共和国；芬兰；德意志联邦共和国；大韩民国；以及大不列颠及北爱尔兰联合王国。

¹⁵ 亚非法律协商组织(亚非法协)第五十四届年会定于 2015 年 4 月 13 日至 17 日(在本报告提交日之后)在中华人民共和国北京举行。

¹⁶ [A/69/10](#)，前注 8，见第 153 段；[A/CN.4/678](#)，前注 10，见第 53 段。

¹⁷ 北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 44 页，第 77 段。另见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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 109 页。国家管辖豁免(德国诉意大利；希腊参加诉讼)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 122 页，第 55 段。

在的两个实体，而仅是同一现象(即以某种方式主观实施或看待的某一行动)的两个方面”。¹⁸

14. 虽然习惯国际法两要素的确是“真正不可分割的；任何一个都不能单独存在”，¹⁹但在试图确定一项习惯国际法规则是否已经出现时，有必要单独考虑并核实每项要素的存在。²⁰这一般需要针对每个要素而评估不同的证据，因为如第二次报告所解释的那样，某一惯例虽据称是习惯国际法所规定的，但其一般不能自证已被接受为法律：²¹“虽然已如此行事，但仅凭这一事实，却并不意味

¹⁸ B. Stern, “Custom At the Heart of International Law”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), pp. 89, 92. 另见 G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), At pp. 81-82 (“尽管法律确信已被确认为习惯的一个单独要素，但在实践中，法律确信只有通过国家行为的明显表现，才能得到确认。在习惯法制定过程的框架内，不断变化的国家惯例所造成的行为规则是通过那些也构成广义惯例的行为而被接受为法律的。此外，构成相关惯例的同样行为和行动可以表达国家对新行为规则内容的态度，以及对是否承认这一规则具有法律约束力的态度。因此，法律确信这一要素不能完全脱离于惯例；H. Thirlway, *Sources of International Law* (Oxford University Press, 2014), at p. 62 (“惯例和法律确信共同提供必要的信息，以确定是否存在一项习惯规则，但(惯例和法律确信)各自的作用不是特别重点；二者互补”)；W. T. Worster, “The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law”, *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), pp. 1, 8-9 (“客观和主观的要素没有分开……我们不调查惯例的充分性，而且只在该调查得到确认时，才着手调查国家是否持有法律确信。相反，我们只有在惯例伴随法律确信时，才评估(或应当评估)其充分性，也就是说，我们也是在寻找伴有法律确信的惯例的临界数量”)。

¹⁹ R. Müllerson, “On the Nature and Scope of Customary International Law”, *Austrian Review of International & European Law*, 2 (1997), pp. 341, 344-345, 346-347 (补充一点，即“如硬币的正反两面，[两要素]可分开进行分析但[]不能彼此独立存在……。是否存在不伴随两要素(惯例和法律确信)中任何一要素的习惯规范的问题是一个本不存在(想象出来)的问题。总是存在一些‘实际’的惯例，否则对可能(或可能不)具有法律约束力的行为模式，便无从谈起”)。

²⁰ 用 Hmoud 先生的话说，“虽然有理由主张两要素相互交织，而且二者的形成和证据在许多情况下也是合二为一的，但有一个事实依然未变，即就识别的目的而言，二者是分开的”(简要记录 A/CN.4/SR.3226 (2014 年 7 月 17 日))。另见 A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2012), pp. 731, 813 (“将习惯的定义分为两个不同要素——即体现于惯例的一个‘实质’或‘客观’要素和通常称为法律确信的一个‘心理’、‘思想’或‘主观’要素，这是一个极其有用的‘发现’习惯规则的工具”)；J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th edition (Oxford University Press, 2013), At p. 23 (“一项习惯的存在……是某人(法律顾问、法院、政府、评论者)就两个相关问题得出的结论：(a) 是否存在一种一般惯例；(b) 这一惯例是否被接受为国际法？”

²¹ A/CN.4/672，前注 6，第 72 至 74 段。

着必须如此行事”。²²

15. 因此，在试图识别是否存在一项习惯国际法规则时，相关惯例的证据一般也不作为法律确念的证据：对这种“重计”（“重复援引”），²³ 应予以避免。²⁴ 如 Thirlway 所论，“惯例的表现形式”和此种惯例被“接受”为法律的“证据形式”二者很可能存在重叠之处；一般而言，这并不意味着特定行为可同时构成这两个要素，因为若如此，便等于又回到单一要素理论”。²⁵

16. 习惯国际法常常被描述为惯例加上(伴随)法律确念而强化为法律。然而人们日益认识到，虽然国家施行的实际惯例很可能“构成[]应予考虑的最初因素”，²⁶ 但并非所有的习惯国际法规则都一定“植根于实际使用的土壤”。²⁷ 换

²² M.N. Shaw, *International Law*, 7th edition (Cambridge University Press, 2014), At p.53. 另见北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 44 页, 第 76 段(“以某种方式行事, 或同意如此行事, 这本身并不表明存在任何具有法律性质的规则”)和第 77 段(“这些行动即便发生次数远远多于其实际发生次数, 其本身也不足以, 甚至合在一起都不足以构成法律确念。行为的频繁发生, 甚至其习惯性本身并不是充分条件”); 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 至 254 页, 第 65 至 68 段; 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国), 初步异议, 判决书, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 615 页, 第 90 段(“……各项国际协定制定了关于投资保护的特别法律制度, 或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同, 这不足以证明外交保护的惯例规则发生了变化, 因为这同样可以表明事实正好相反。”); SS “Lotus” 案(法国诉土耳其), 常设国际法院, A 辑, 第 10 号, 第 28 页; 柬埔寨法院特别法庭预审分庭, 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(“丰富的国家惯例本身通常并不意味着存在法律确念”)。

²³ 简要记录 A/CN.4/SR.3223(2014 年 7 月 15 日)(Murase 先生)。

²⁴ 另见 A/CN.4/672, 前注 6, 见第 74 段。如其中所述, 对“无实际行动”的惯例适用这一规则还可保证抽象的声明本身不会制造法律。

²⁵ H. Thirlway, “Human rights in customary law: An Attempt to define some of the issues”, *Leiden Journal of International Law*, 28 (2015)(将出版)(补充道, “两要素理论必然意味着两点, 一是必须存在一个可被称为国家惯例的东西, 二是必须存在一个表明国家认为存在一项习惯法规则或可据以得出这一结论的东西”)。另见 M. H. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 *Recueil des cours* (1998), pp. 155, 206-207 (“但必须避免将同一行为既作为主观要素, 又作为客观要素。如果坚持 ‘主流’ 观点, 即两种要素都必须存在, 特别是主观要素要伴随着 ‘实际’ 的惯例, 则就必然不可以将某项声明既作为行动又作为信念(或意愿)的表现”); M. Byers, *Custom, Power And the Power of Rules: International Relations And Customary International Law* (Cambridge University Press, 1999), At pp. 136-141。同时, “两要素经常碰巧一并出现; 甚至在其宣布应在理论上对惯例和法律确念加以区分的情况下, [国际]法院仍混淆了二者” (Pellet, 前注 20, 见第 827 页); 但是, 见 A G. Koroma, “The Application of International Law by the International Court of Justice”, *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, Vol. 4 (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), At p.101。

²⁶ Shaw, 前注 22, 见第 54 页。另见 P. Tomka, “Custom And the International Court of Justice”, *The Law & Practice of International Courts And Tribunals*, 12 (2013), pp.195, 208(提及军事和准军事活动案时说, “在这一关于法律确念的调查背后, 当然有一种假定, 即存在充分惯例”)。

²⁷ 引自 H.W.A. Thirlway, *International Customary Law And Codification* (A.W., Sijthoff 1972), At p.68。

言之，也有可能出现关于应接受某行事方式为法律的意见(即新生的法律确念)，然后才导致体现这种行事方式的惯例出现，并进而产生一项习惯国际法规则。²⁸ 如南非代表在第六委员会中所强调的那样，在识别一项习惯国际法规则时，“重要的是两要素必须都存在，而不是其出现的时间顺序”。²⁹

17. 两要素方法在国际法委员会中得到了广泛支持，各国在本专题框架下及更广泛而言在国际惯例和判例法中，以及在文献³⁰中也予以广泛支持，这种办法适用于所有习惯国际法规则的形成和识别。与此同时，如第二次报告所指出的那样，“对[国际法的]不同领域(或也许更确切地说是不同类型的规则)而言，两要素方法的适用可能有所不同”。³¹ 这反映了习惯国际法固有的灵活性及其在国际法律体系中的作用。因此，在某些情况下，惯例的某种形式(或某些情形)，或其被接受为法律的某一证据可能比其他形式(情形)或证据更具相关性；此外，在评估组

²⁸ 当然，按照严格的定义，法律确念不能早于其应当伴随的惯例：而是，可能有一种观点认为应该存在某项规则(或者说有一种错误观点认为存在该规则)。在此之后若发现有关惯例符合这一观点，则很自然会援引这一规则来支持这一惯例。因此，在这个意义上，这一确念是可以向前追溯的；但其在得到表达时，仅是一确念，而非法律确念。另见 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), At p. 64-65; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8th edition (L. G. D. J., 2009), At p. 262 (“传统上，惯例是法律确念的渊源。一段时间内先例重复出现，便导致了义务感。在某些情况下，我们会看到一个相反的过程：即对法律的必要性的表达……是完成习惯规则形成过程的惯例之源。“圣贤者”的习惯与所谓的“野蛮者”的习惯相对。); Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010), At pp. 80-85.

²⁹ 发言载于联合国节纸门户网站：<<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>。朴先生、Murase 先生和 Nolte 先生去年在国际法委员会的辩论中发言阐述了这一点(简要记录 A/CN.4/SR.3223(2014 年 7 月 15 日), A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。另见 A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Clarendon Press, 1986), At p. 180 (“当然，这两个要素不必从一开始就[都]存在”)。

³⁰ A/CN.4/672, 前注 6, 第 21 至 27 段。黄先生在国际法委员会 2014 年的辩论中解释说，“国际法恰似一个人，一般惯例是身体，法律确念则是灵魂：换言之，两个因素都至关重要”(简要记录 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。

³¹ A/CN.4/672, 前注 6, 见第 28 段。Šturma 先生说，“在我看来，承认在国际法不同领域中惯例和法律确念被赋予的权重可能有所不同，并不意味着以人权法、国际人道主义法、国际刑法等分部门的习惯理论取代统一的国际习惯理论”(简要记录 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))；另见朴先生、Hassouna 先生和 Hmoud 先生(简要记录 A/CN.4/SR.3223(2014 年 7 月 15 日)、A/CN.4/SR.3225(2014 年 7 月 17 日)和 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。

成要素时，需要考虑所声称的规则是在何种情况下产生和运作的。³² 在任何情况下，作为被接受为法律的一般惯例，习惯国际法的根本性质不应被扭曲。³³

18. 提出结论草案 3[4]第 2 段草案如下：

结论草案 3[4]

评估两要素的证据

.....

2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。

³² 另见 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), At pp. 147, 148 (提及了习惯国际法的确定问题，认为“这一运作恰恰是在搜集证据以证明有关规则的社会效力。这种证据可能是多重的，每项证据的权重在不同情况下也可能不同：有时可能需要较长时间，或者，有时证据则可能同步起作用。在所有情况下，若因之而能评估该试图确定的规则确已在国际社会中具有社会影响，则应视之为充分条件。简言之，所追求的目的是单一的，可用的方法也是单一的，但为找到这一方法可采取不同的途径：有的需要的时间更长，更难，有的更快，甚至极快”); Thirlway, 前注 25 (“当然可能承认在确立一项人权法的习惯规则时，既需要惯例也需要法律确信，但认为这一特殊领域，每一要素，特别是惯例可能具有不同性质，即有别于通常在确立惯例时要求具有的性质”); 北海大陆架，判决书，第 3 页，见第 230 页(法官 Lachs 的反对意见)(“因其本身的性质，在国家活动和国际法的某些领域要产生一般法极其困难，但在有的领域，包括新的和旧的领域则容易产生一般法”)和见 175、176、178 页(法官田中的反对意见)(“要认定在习惯法形成过程中是否存在这两个要素，是一件微妙而困难的事……对每一项事实均须根据不同场合和情况予以评价……必须根据情形评价各项因素，因此评价必须是有弹性的；这需要采取目的论的方法。……简言之，如我上文所述，习惯法的形成过程其方式因不同的法律领域而异。时间因素，即习惯存在的时期是相对的；而数量因素，即国家惯例的多少也是如此。不但需要根据具体情况对产生习惯法的每个要素进行评估，而且整个形成过程都应被视为是有机的动态过程。我们在对习惯国际法产生所需条件进行审查时绝不能只重形式，而忘记社会必要性，即所述习惯法力图实现的目的和宗旨的重要性”); K. Wolfke, “Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), pp.1,15 (“在这些证明某种习惯是否存在已经存在的途径和方法方面，不可能列出全部的准则”)。

³³ 另见 Thirlway, 前注 27, 见第 145 页 (“习惯的两个组成要素的性质也可能发展，前提是这种发展不会扭曲习惯的基本性质”); H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 *Recueil des cours* (1962), p.49 (“在每一种情况下至关重要的问题……是评估惯例的一贯性、持续时间和普遍性，并将之与其他因素，如驱动这一惯例的政治、经济和社会因素进行权衡。法官或政府的法律顾问将利用自己关于国际事务以及各国态度和政策的知识，来进行这样的评估和权衡。但最终的检验始终必须是：“该惯例是否被接受为法律？”在国际社会中尤其如此，因为参与惯例形成过程的都是主权国家，即国际社会中的决策者和立法者。主权国家承认该惯例为法律便是习惯法非常直接的重要依据”)。Simma 和 Paulus 的话也可能对此具有相关性：“迄今，国际法的传统渊源看来都对新的发展表现出足够的灵活性。即使可能未满足思想学术上对国际法律体系中统一性的追求，但这些渊源经受了时间的考验，获得了普遍的接受。只要还没有找到获得普遍公认的替代法律程序，就只能采用旧的程序。然而，关于更利于实现全球价值的国际法的愿景仍然符合传统渊源的制度……前提是这些价值获得‘法律形式的充分表达’”(B. Simma, A. L. Paulus, “The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View”, *American Journal of International Law*, 93(1999), pp.302, 316(引文从略))。

三. 不作为被视作惯例和(或)接受为法律的证据

19. 如第二次报告所述, 不作为(也称为消极实践、不采取行动、沉默或不行为)可能“对习惯国际法规则的形成和确认至关重要。”³⁴ 考虑到 2014 年的讨论, 特别报告员着手在本报告中进一步加以阐述。³⁵

20. 不作为是一种(若具有普遍性, 且被接受为法律), 可能形成一项习惯国际法规则的惯例形式。³⁶ 较有名的例证包括: 不对某些归化入籍人士予以保护;³⁷ 不威胁使用或使用武力侵犯任何国家领土完整或政治独立;³⁸ 以及在某些情形下不提起刑事诉讼程序。³⁹ 不作为有时难以识别和符合条件, 这一点甚至比其他形式的惯例有过之而无不及; 不管怎么说, 正如其他形式的惯例一样, “仅仅证

³⁴ A/CN.4/672, 前注 6, 见第 42 段。又见 2014 年由起草委员会暂时通过的结论草稿 6[7], 第 1 段(前注 9)。

³⁵ A/69/10, 前注 8, 见第 180 段。

³⁶ 另见尼加拉瓜境内及针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美国), 案情实质, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 99 页, 第 188 段(“然而, 法院必须确信习惯国际法中对此类不作为的约束性存在着法律确念”); G.I.Tunkin, “Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law”, *California Law Review*, 49(1961), pp.419, 421(“某些情况下不采取行动的习惯无疑会导致形成有可能成为法律规范的行为规则。显然, 之前就重复、时间和连续性的要素所说的一切同样适用于不作为的惯例”); M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47(1977), pp.1, 10(“国家惯例……也可以包括国家的不作为和沉默”); G.M. Danilenko, “The Theory of International Customary Law”, *German Yearbook of International Law*, 31(1988), pp.9, 28(“通常或习惯性地不采取具体行动, 可能构成一种惯例, 导致规定在类似情况下有义务不采取此种行为的规则, 即构成国际法禁止性准则的惯例”); J.-M. Henckaerts, L.Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol.I(Cambridge University Press, 2005), at pp. xlv-xlvi(“如果惯例主要是不采取行动加上沉默, 则须有迹象表明, 不采取行动是基于国际社会的此种合法期望”); M.Mendelson, “State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims”, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges offerts à Michel Virally*(Pedone, 1991), at pp.373-382; Koroma, 前注 25, 见第 93 页; *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 102, comment b(“不作为可能构成国家惯例”)。

³⁷ 诺特博姆案(第二阶段), 1955 年 4 月 6 日判决书: 《1955 年国际法院案例汇编》, 第 4 页, 见第 22 页。

³⁸ 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), 案情实质, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 99 页, 第 188 段。

³⁹ S.S. “Lotus” 案(法国/土耳其), 常设国际法院, A 辑, 第 10 号, 第 28 页。另见关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见, 《1996 年国际法院案例汇编》, 第 226 页, 见第 253 页, 第 65 段(法院提到支持禁止使用核武器者试图依靠各国不使用核武器的一贯做法); 国家的管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加诉讼), 判决书, 《2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页, 见第 135 页, 第 77 段(“几乎完全没有相异的判例, 这一点也很重要, 各国未作任何陈述, 这同样重要”); 关于南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的咨询意见, 《1971 年国际法院案例汇编》, 第 16 页, 见第 134 页(法官 Petró 的个别意见, 提到不承认的惯例, 称该术语“暗示不是积极行动, 而是不采取行动, 才标志着承认”); 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案, 1952 年 8 月 27 日判决书, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 176 页, 见第 221 页(法官哈克沃斯、巴达维、李维卡内罗和贝内加尔·劳爵士的反对意见); 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司, 判决书, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 198、199 页(法官杰瑟普的个别意见, 提到美国国务院拒绝出面代表美国公司, 而且美国提出某一论点时, 不是为了作为拒绝在国家间争端中的索赔的依据)。

明……据称构成国家惯例的不行为是不够的，还是需要解释此类……不行为，以力图核实此类不行为是否确实被接受为法律。⁴⁰ 在不能明确确定其被接受为法律的情况下，此项不作为则可称为“模棱两可的不行为”。⁴¹

21. 若不作为在特定惯例中表示同意，则不作为也可成为被接受为法律的证据。就识别一项习惯国际法规则而言，这属于一种不同类型的不作为：⁴² 实质上，我们这里所说的是一国容忍另一国或其他国家的一个做法，且其具体情形证明选择不采取行动的国家认为该做法符合国际法。⁴³ 正如国际法院分庭对“缅甸湾”

⁴⁰ 关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 423 页(法官沙哈布丁的反对意见)。爱尔兰在 2014 年六委辩论时提出，“评估不作为可否成为惯例的形式时，背景特别重要，其作用可能比在评估惯例的其他形式时更重要”(其发言可通过联合国节纸门户网站(<http://www.un.org/en/ga/sixth/>)在线查阅)。

⁴¹ Thirlway，前注 18，见第 61 页。

⁴² Hmoud 先生这样说：“虽然人们认识到，不采取行动可被认为是消极行动，但作为一种行为的不作为属于客观要素(惯例)，而代表默认的不作为则属于第二要素，即主观要素；对两者必须加以区别。”(简要记录 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。亦见 Forteau 先生在 2014 年国际法委员会辩论期间的发言(简要记录 A/CN.4/SR.3225, 2014 年 7 月 17 日)；Danilenko，前注 36，见第 28 和 29 页(在“被动”或“消极”惯例的标题下，可以理解为[两种不同类型的]惯例)。

⁴³ Manley O. Hudson，作为国际法委员会章程第 24 条特别报告员，把“其他国家一般默认这种做法”列为形成习惯国际法规则的必要要素(国际法委员会章程第 24 条——Manley O. Hudson 编写的工作文件，A/CN.4/16 和 Add.1，《国际法委员会年鉴》，第二卷(1950 年)，第 26 页)；在其他著作中，他则把习惯国际法的必要要素描述为“许多国家在国际关系领域的一致的、经常的行动、在每一种情况下人们的理解是这种行动都为法律所允许的、而且其他国家没有对这一概念提出质疑”(M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942* (Macmillan, 1943), at p.609)。例如，见黎巴嫩问题特别法庭，CH/AC/2010/02 号案件，关于针对预审法官涉及管辖权和地位(上诉分庭)的命令所提上诉的裁定，第 47 段(“该领域[法院和法庭固有权力]的一连串裁定，再加上所有有关国际主体以不明示方式接受或默认，清楚表明存在着认定已形成国际法习惯规则所必需的惯例和法律确信)；Priebke, Erich *s/solicitud de extradición* (Argentinian Supreme Court), causa No 16.063/94, 2 November 1995, para.90。另见 K. Skubiszewski, “Elements of Custom and the Hague Court”, *ZaRV*, 31(1971), pp.810, 838(“一国或多国声称一项权利，其他国家容忍或承认前者应享此项权利，以及接受该义务——这些现象表明各国认为它们已事实的领域进入法律的境界”)；Shaw，前注 22，见第 64 页(“有时人们见到一些国家默认其他国家的行为，不对之提出抗议；此时必须假设此类行为被公认为合法”)；M. Akehurst，前注 36，见第 39 页(“如果一些国家的行动(或声称其有权采取行动的做法)得到其他国家默认，由此即形成国际法许可性规则；如果遇到抗议，则争议行为的合法性至少是可疑的”)；H. Meijers, “How is International Law Made?——The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 9(1978), pp.3, 4-5(“消极者为积极者所裹挟，……未进行抗议——不公开反对新规则的发展——这就足以形成习惯法规则(和遵守该规则的义务)”)。MacGibbon 指出，默认“……对习惯国际法规则的形成过程表现出一定的、有控制的受欢迎的灵活性”(I.C. MacGibbon, “Customary International Law and Acquiescence”, *British Yearbook of International Law*, 33(1957), pp.115, 145(但就法律确信与默认之间的关系提出了特别的见解))。

案发表意见时所说，此种默认“相当于通过单方面行为表示默示承认，而另一方可将之视为同意”。⁴⁴

22. 拒绝采取和未能采取行动，可能有各种理由，包括不具备行动能力，或无直接利害，⁴⁵ 因此，并不是每一起不作为都相当于同意：只有如以下各段详述的“限定的沉默”，⁴⁶ 才可被理解为对相关惯例的同意。⁴⁷ 在解释不作为时，一般应“与有关因素相联系，即考虑到具体事实(的时序)和有关各国间的关系。”⁴⁸

23. 首先，只有在要求对相关做法作出反应时，不作为才能对形成同意具有相关性：国际法院针对“马来西亚/新加坡”一案指出，“没有作出反应很有可能构成默认……换言之，沉默也可表达意思，但只有在其他国家的行为要求作出回应的

⁴⁴ 缅甸湾区域海洋边界划界案，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页，见第 305 页，第 130 段。就本文而言，不行动概念作为同意，是借用了国际法中默认和禁止反言的概念，这些通常适用于双边范畴；作此类比，或许不准确，但仍然可能有帮助。又见 I.C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, *British Yearbook of International Law*, 31(1954), pp.143, 145(“默认的功能可等同于同意的功能，史密斯教授称后者为“国际法的立法过程；它构成了一个程序，使得有关方面能给原在发展之中的规则和原在整合过程中的权利打上合法的印记……其价值主要在于：它在某种程度上是对合法性的承认和对非法性的宽恕，它所提供的标准，既客观又实用”)；N.S. Marques Antunes, “Acquiescence”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*(2006), para.2(“在国际法中，‘默认’——源自拉丁语 *quiescere*(安静不动)——表示同意。它是指：一国在需要对另一国行为表示不同意或反对的情形下，通过沉默或不作为，单方面默示表达的同意。因此，默认是从具有法律相关性的沉默或不作为中推断出的同意”)。

⁴⁵ Kittichaisaree 先生同样指出，“如果未对国家间违约行为提出抗议，除认为该行动合法外，还可有多种说得通的解释”，而 Jacobsson 女士强调，“虽然‘不作为’有可能成为被接受为法律的证据，但也可能得出相反的结论：即‘不作为’可能不会被解释为被接受”(分别见简要记录 A/CN.4/SR.3225 和 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。另见 Crawford, 前注 20, 见第 25 页(“沉默可能意味着默认，也可能干脆就是对该问题没有兴趣”)；Shaw, 前注 22, 见第 57 页(“如同采取行动一样，未采取行动本身也是一国态度的证明。这同样反映一国应对其环境的方式……不采取行动，原因可能是存在着不采取行动的法律义务，也可能是特定情况下无行为能力或不愿采取行动”)。参见北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 42 页，第 73 段(“不批准的原因，有时可能不是出于积极地不赞同有关公约，而是另有其他因素；但难以据此暗示对其原则予以积极接受：对其原因可以进行种种推测，但这改变不了有关事实”)。

⁴⁶ M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2nd edition(Kluwer Law International, 1997), at p.39.

⁴⁷ 另见 MacGibbon, 前注 44, 见第 183 页(“为防止[默认]理论不当适用于某些情形，并确保其酌情得到接受，制定了一些必要保障措施，对该理论加以限制”)。

⁴⁸ Marques Antunes, 前注 44, 见第 19 段。另见 I. Brownlie, “Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, Vol.I(2004), at pp.313, 315(“学术界少数人断言，就安全理事会而言，未谴责某国特定行为则构成了对该行为的赞同。这种观点过于简单化。一切都取决于相关背景以及辩论记录的确切内容。而未对某国行为表达不赞同，可能是出于一些与合法性问题无关的程序性原因和政治原因”)。

情形下才会如此。⁴⁹ 这暗示着相关做法应当是影响未采取或拒绝采取行动的国家权益的做法；⁵⁰ 同时，有人提出，“在影响全人类共同利益的关系领域，如果存在着所有国家的普遍利益，则可能有充分理由假定不抗议即暗示默认。”⁵¹

24. 其次，如果试图依靠一个国家的不作为来识别是否已产生习惯国际法规则，

⁴⁹ 白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属(马来西亚/新加坡)，判决书，《2008 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 50 和 51 页，第 121 段(关于确立主权问题)。Escobar Hernández 女士称，“在评估不作为时，必须联系当时有关情形，特别要考虑是否可以合理地期望该国采取行动”(简要记录 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日))。另见北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 130 页，第 31 段(法官阿蒙的个别意见)；M.Bos, “The Identification of Custom in International Law”, *German Yearbook of International Law*, 25(1982), pp.9, 37(“应当强调的是，并不总可以把沉默理解为默认：因为不能认为各国一直有义务对任何令其不快之事提出永久抗议。要产生法律后果，则必须有充分理由要求其采取某种形式的行动”)；MacGibbon, 前注 44, 见第 143 页(“故而，在通常要求作出表示反对的积极反应的情形下，默认呈现为沉默或不抗议的形式”)。国际法委员会 2014 年暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案结论 9(2)草案规定，“在有关情况要求作出某种反应时，一个或多个缔约方的沉默可构成对嗣后惯例的接受”(2014 年国际法委员会报告，第 75 和 76 段)。

⁵⁰ 另见希腊 2014 年在第六委员会就国际法委员会工作进行辩论期间的发言，可通过联合国 PaperSmart 门户(<http://www.un.org/en/ga/sixth/>)在线查阅(“并非任何形式的不作为都有相关性，只有有关国家对所涉惯例的有意不作为(往往在审议时要结合另一国要求其作出反应的某一行为、提议或主张)才可能有相关性”)；北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 229 页(法官拉克斯的反对意见)(“.....[各国] 在面对其他国家影响到它们的立法行为时，已默认了[一项惯例]”)；G.I. Tunkin(L.N.Shestakov, ed., W.E. Butler, ed., trans.), *Theory of International Law*(Wildy, Simmonds & Hill, 2003), at p.139(“无疑，不是每一次沉默皆可被视为同意。特别是在相应的习惯规则形成过程当时并不影响一国利益的情况下，该国沉默不能被认为是默示承认此项规则。不过，当某项新规则影响到具体某国利益时，在足够长的时间内未提出异议，通常即可以认为是默示承认该规则”)；Akehurst, 前注 36, 见第 40 页(“未对关于习惯法内容的抽象主张提出抗议，与未就特定情况下一国对另一国利益产生直接影响的具体行动提出抗议相比，后者更严重”)；Danilenko, 前注 18, 见第 108 页(“根据现行国际法，只有在惯例影响到未积极采取行动的国家权益时，不抗议才意味着默认.....要确认达到[此项]这一条件，常常需要在特别考虑有关规定所涉的领域和题材基础上，对惯例的具体特征作出评价。通常而言，不仅可能考虑直接利益，而且也可能考虑到间接利益”)。Skubiszewski, 前注 43, 见第 846 页(“当此项惯例的参加者所提权利主张不给非参加者带来任何义务时，仅仅有容忍的态度——即未进行抗议(与未明确同意或默认相关联)——就够了.....但是，当在惯例中所主张的权利带来相应义务时，为促进形成习惯起见，非参加者的态度就必须更加明确。也就是说，必须是明示同意或明确默认”)。

⁵¹ Danilenko, 前注 18, 见第 108 页。

则该国必须已实际知悉所涉做法，或相关情况必须是有关国家可被视为已实际知悉所涉做法。⁵²

25. 第三，不作为需要保持足够长的一段时间，这也与知悉所涉做法的要求有关。⁵³

26. 提议第二次报告(尚待起草委员会审议)结论草案 11 第 3 段的内容如下：

结论草案 11

接受为法律的证据

.....

3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。

⁵² 另见渔业案，1951 年 12 月 18 日判决，《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 138 至第 139 页；Shaw，前注 22，见第 58 页（“默认必须基于完全知悉涉及的[所称]规则。如果不采取行动在某种程度上与不知悉所有相关情况有关或受这种不知情的影响或伴随这种不知情的状况，则不能将不采取行动解释为默认”）；J. I. Charney，“Universal International Law”，*American Journal of International Law*，87 (1993)，第 529 页、第 536 页（“接受可以通过默认确立。国家的默认往往不等于知情和自愿的同意。要使默认获得这样的地位，国家必须了解同意的事项，也必须知道，不反对将被视为接受。因此，如果产生义务，默认必须相当于实际同意，不过是以不作为而非作为表示的同意”）；Akehurst，前注 36，见第 39 页（“一个国家预计不太可能被其他国家知道的行为或主张几乎没有什么影响，也无法从不反对此类行为或主张这一点上得出任何结论”）；Villiger，前注 46，见第 39 页（“当然，只有在一国知道其他国家的做法以及(正在出现的新)习惯规则的情况下，消极行为才可能构成限定的沉默”）。在缅甸湾案中，加拿大辩称，“默认原则的本质是，一国政府知悉(实际知悉或被推定应知悉)相关另一国政府的行为或权利主张，而且未对该行为或权利主张提出异议……知悉加上沉默将被视为默示接受”（国际法院书状，第五卷，81-82）。Arangio-Ruiz 指出，“特别是如今，国家的任何作为或不作为会以光速被世界各国知道”（G. Arangio-Ruiz，“Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of ‘Spontaneous’ International Custom”，in N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007)，见第 93 页、第 100 页）。

⁵³ 另见缅甸湾区域海洋边界划界案，判决书，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页，见第 310 至 311 页，第 151 段（“过于短暂以至没有产生法律效力”）；渔业案，1951 年 12 月 18 日判决，《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 138 页（“其他国家对于挪威做法的普遍容忍是无可争辩的事实。六十多年来，联合王国政府本身对此没有提出任何质疑”）；Meijers，前注 43，见第 23 至 24 页（“所有可能因其不作为而受约束的国家必须有必要的时间抵制相关规则，从而避免默示接受”）；A. Orakhelashvili，*The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008)，见第 94 页（“仅是容忍不等于接受惯例为法律……默认理论涉及一些问题，其举证责任要求很高，而且必须是在了解法律变化的情况下长期和一贯不作为”）；I. Sinclair，“Estoppel and Acquiescence”，in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996)，见第 104 页、第 120 页（“法院表现出智慧和克制，其提出的要求实际上是，可认为相当于默认的行为必须保持一段时间”）。

四. 条约和决议的作用

27. 人们普遍承认, 条约和缔约(特别是缔结多边条约)以及国际组织和会议的决议对习惯国际法的形成和识别具有实际重要意义。随着国际组织以及国际法编纂工作的发展, 习惯国际法已“日益与书面文本有严格的对应关系”。⁵⁴ 法官通卡曾说, “用准确的书面形式, 即通过条约、编纂工作成果、决议等表达法律观点的做法已日渐普遍, 这对(可能确定习惯国际法)的方式产生重大影响”。⁵⁵

28. 此类书面文本可能反映业已存在的习惯国际法规则(现行法的编纂), 可能力求澄清或发展法律(逐渐发展), 或者可能说明将成为新法律的内容。因此, 通常“不是需要澄清法律规则, 而是需要确定在一[书面]文书种通过的明确表述的规则是否实际上符合习惯法”。⁵⁶

⁵⁴ T. Treves, “Customary International Law”, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2006), 第2段(在第25段补充道, “国际组织和会议内部惯例的加强、多边条约的通过、特别国际法庭的存在及其活动有助于加快这些领域和其他领域习惯规则的形成”)。另见西南非洲, 第二阶段, 判决书, 《1966年国际法院案例汇编》, 第6页, 见第291页(法官田中的反对意见) (“国际联盟、联合国等组织及其机构和附属机构的出现, 用“议会外交”方法取代了传统单个国际谈判方法的一个重要部分(西南非洲案判决书, 《1962年国际法院案例汇编》, 第346页), 这必然会影响到习惯国际法的产生方式”); J. Charney, “Remarks on the Contemporary Role of Customary International Law”, in *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), 第23页(“虽然习惯法仍以传统方式创立, 但近年来, 这一进程越来越多地被更具结构性的方法取代……此类[多边]论坛讨论的建议、报告、决议、条约或议定书常常启动国际法的发展或为其提供巨大支持”); J. Barboza, “The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly”, in C. A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge José María Ruda* (Kluwer Law International, 2000), 见第1页、第14页(“现在, 习惯通常是在现行惯例体系中注入案文的结果”); Danilenko, 前注18, 见第79至第80页(“在国际会议和组织框架内, 出现了纯粹由口头权利主张和宣告构成的新的国家惯例形式, 导致习惯立法过程越来越多的“正规化”。这种做法可建立广泛的共识, 在实际惯例出现前确定提倡的国家行为的概述, 从而影响嗣后的发展。这一经修改的习惯“谈判”进程提供了有意意愿的更多可行的内容, 旨在创立或修改习惯法律义务”); S. D. Murphy, *Principles of International Law*, 2nd edition (West, 2012), 见第98页(“国际法内部的一个重要动态是条约影响和发展习惯国际法的方式”); Condorelli, 前注32, 见第151页(“现在, 国际习惯越来越多地被视为“成文习惯”: 我们发现, 一般习惯规范同(基本)具有世界普遍性质的大型国际公约的成文规范大体是相互对应的”); O. Corten, *Méthologie du droit international public* (Editions de l’Université de Bruxelles, 2009), 见第161至第178页(“确立习惯规则的相关文献来源”)。

⁵⁵ Tomka, 前注26, 见第196页(提及国际法院识别习惯规范内容的方式, 并在第215页补充说, “自国际习惯被首次界定为“被接受为法律的一般惯例”后, 国际法的面貌已经发生了巨大变化。最值得注意的是, 国际法的内容已越来越多地以通过旨在编纂国际法规则的有约束力和无约束力文书的方式而得到具体化”)。另见 G. Gaja, 364 *Recueil des cours* (2012), 第37页、第38页和第39页(“[国际]法院不是详尽分析国家的态度, 而是常常依靠具有一定权威性的文本……在许多情况下, 相关文本是一份编纂性公约, 即便它不可作为条约适用于所审议的争端……法院在做出的多项决定中, 为确定习惯法规则的目的, 把大会或国际会议的宣言作为权威”)。

⁵⁶ Tomka, 前注26, 见第205页(提及编纂性公约)。

29. 在试图依靠条约、决议等书面文本来识别习惯国际法规则时，需要谨慎。⁵⁷ 如下文所强调，需要考虑并权衡所有相关情况。

30. 以下各分节论述在识别习惯国际法规则时常常依靠的两类由国家通过的书面文本。类似考虑可适用于其他书面文本，如国际法委员会编写的文本，特别是曾由各国采取行动的文本。

A. 条约

31. 起草委员会 2014 年暂时通过的结论草案 4[5]第 2 段在国家惯例可能采取的形式中纳入了“与条约有关的行为”。⁵⁸ 第二次报告结论草案 11(尚待起草委员会审议)在被接受为法律的一般惯例的证据形式中纳入了“条约实践”。⁵⁹ 在国际法委员会和第六委员会 2014 年的辩论中，有人建议第三次报告进一步探讨条约的作用。虽然条约同习惯国际法之间的相互影响引出了若干重要问题，但本次我们关注的是条约和缔约与习惯国际法的形成和识别的相关性。

32. 如秘书处谅解备忘录所述，国际法委员会曾不时对条约与识别习惯国际法的相关性进行审议。⁶⁰ 实际上，国际法委员会早在 1950 年向大会提交的报告中就指出：

⁵⁷ 另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 97 至第 98 页，第 184 段(“国家宣布承认某些规则的事实不足以使法院认定这些规则是习惯国际法的一部分，并可作为习惯国际法适用于这些国家。虽然法院在除其他事项外适用“作为通例之证明而经接受为法律者”的国际习惯方面，受到其《规约》第 38 条的约束，但法院不可忽视一般惯例……在习惯国际法领域发挥的关键作用，当事方有关其视为规则内容的共同意见是不够的。法院必须确信，国家法律确念中存在的规则得到惯例的证实”)；I. Sinclair, “The Impact of the Unratified Codification Convention”, in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 见第 211 页、第 220 页(“在确定编纂性公约体现的新规则是否(以及在多大程度上)可被视作体现现有或新兴习惯法规范时，必须考虑到复杂的因素……。对任何此类规则必须根据其背景以及其通过时的相关情况加以分析。还须参照可能是在新规则意义上迅速发展的国家惯例背景，对规则加以考虑”)；O. Schachter, “Entangled Treaty and Custom”, in Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 第 717 页、第 721 页以及第 730 至第 731 页(“……在条约规则方面需要谨慎。在评价法律确念的证据时，需要评估各种因素。在许多情况下，通过讨论记录、专家意见以及对所涉规则的仔细分析，可以判断人们是否普遍认为这些规则是习惯法的一部分，并对所有国家具有约束力。需要说清楚的重要一点是，有关一般法律确念的结论不能仅依靠多数国家的意见。一个至关重要的要素是，国家的集体立场须包括对所涉问题特别感兴趣的国家以及有能力和决心实现其所涉法律义务信念的国家的意见”)。

⁵⁸ 起草委员会主席的临时报告，2014 年 8 月 7 日，附件；另见 A/CN.4/672，前注 6，第 41(h)段。

⁵⁹ A/CN.4/672，前注 6，第 76(f)段。

⁶⁰ 秘书处备忘录，第 23 段(脚注 55)和第 29 段(脚注 84)。

“习惯国际法的原则或规则可能体现于双边或多边协定中，在协定有效期内，且在规定的范围内，对协定缔约国具有约束力；不过，其将继续作为习惯国际法的原则或规则对其他国家具有约束力。实际上，在试图确定习惯国际法规则是否存在时，常常依靠一些国家对其他国家也遵循的某一惯例做出的公约表述。即便是签署但尚未生效的多边公约，也常常被认为具有作为习惯国际法证据的价值。因此，就目前而言，国际法委员会认为，在其审议使用习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段问题过程中，应该适当考虑是否可以获得公约国际法的材料”。⁶¹

33. 条约的条款本身不构成习惯国际法规则，⁶² 但此类条款作为“国家意愿的明确表示”，⁶³ 可能提供有关此类规则的存在(或不存在)和内容的有价值证据。⁶⁴

⁶¹ 《1950年国际法委员会年鉴》，第二卷，第268页，第19段。

⁶² 另见 A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), 见第236页(“对规则的支持，不论如何具有世界普遍性，其本身不能创立‘即时’法。此类[造法]条约只有得到一段时间内一致并有代表性的国家惯例的支持，才能创立新法。在适当情况下，这种惯例可以主要是默认或不存在不一致的做法”)；R. Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, 205 *Recueil des cours* (1987), 第265页、第272页(“我想至少可以有把握地说，如果只存在条约规则，而且规则没有任何额外证据的支持，则不足以产生习惯规范。只有可以引证由法律确信支持的更多的国家惯例要素，才可以认为条约条款体现了习惯规范”)；Schachter, 前注57，见第723页(“当然，法院或学者都不会支持这样的结论，即条约仅凭订立或生效便可成为习惯法”)。

⁶³ I.F.I. Shihata, “The Treaty as a Law-Declaring and Custom-Making Instrument”, *Revue égyptienne de droit international*, 22(1966), 第51页、第73页。

⁶⁴ 见康克由，别名“杜赫”案，001/18-07-2007-ECCC/SC号案件，上诉判决，柬埔寨法院特别法庭，最高法院分庭(2012年2月3日)，第94段(“必须承认，条约法和习惯国际法常常相互支持，互为补充。因此，条约法可成为习惯国际法的证据，即宣布缔约国的法律确信，或阐明在通过条约时已定型的可适用习惯国际法”)；Villiger, 前注46，见第132页(“公约文本可提供习惯规则的证据，尽管并非总是如此。像准则和决议一样，此类文本仅是反映或宣布，而不(因渊源的独立性)实际构成基本的习惯规则，基本习惯规则的存在取决于国家惯例和法律确信等其他条件，其约束力不需要额外的契约依据”)；Shihata, 前注63，见第89页(“事实上，每项条约在契约范围外都有一定的证据价值。价值的大小因条约而异，但差异幅度不至于大到否定一条约的所有证据价值，或使条约本身成为确凿证据”)；J.I. Charney, “International Agreements and the Development of Customary International Law”, *Washington Law Review*, 61 (1986), 第971页、第990页(“为谈判国际协定举行的会议提供了各国为制定法律规则目的而交流意见的手段。在此类论坛上达成的协定确实会改变国家对其权利和义务的看法。倘若这一进程与习惯法的发展无相关性，则一些法律可能在时间上停滞不前，无法反映在国际谈判中实现的进展。习惯法与条约法之间可能产生的差距或许会使国家间关系变得复杂”)；I.L. Lukashuk, “Customary Norms in Contemporary International Law”, in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), 见第487页、第499页(“多边和双边条约的内容是法律实践最明晰和具权威性的证据”)；A.M. Weisburd, “Customary international Law: The Problem of Treaties”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21 (1988), 第1页、第5页(“条约，与规约一样，是法律文件，或多或少都措辞准确，易于参阅。在确定习惯法规则时给条约的权重越多，就越容易进行确定”)；R.R. Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-66), 第275页、第278页(“缔约国众多的条约必须被视为十分有力的法律证据。当然，如同从若干国家的国家惯例中提炼的任何规则一样，条约所述规则的效力因其他国家存在或不存在与之冲突的惯例而相应得到削弱或加强”)；K. Wolfke, “Treaties and Custom: Aspects of Interrelation”, in J. Klabbars, R. Lefebvre (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 第31页、第36页(“确立国际习惯规则是一项繁琐的工作，条约在其中发挥非常重要的作用”；并补充，“条约的证据作用与其在习惯形成过程中的作用紧密结合在一起”)。

特别是, 这些条款可能载有拟议习惯规则的相对准确表述, 并反映各国对其性质的意见(至少截至缔结相关条约的时候)。⁶⁵ 因此, 通过条约, 可以初步审议“在认为有必要再次审查习惯的主要证据前, 是否已经识别可适用于相关情况的习惯规则”;⁶⁶ 国际法院确实已指出, 它“在确定习惯国际法的内容时, 可以而且必须考虑到条约”。⁶⁷

34. 条约案文本本身并不能作为习惯国际法规则存在或内容的确凿证据: 无论一项条约对习惯国际法扮演何种角色(见下文), 要确定书面案文表述的规则的确存在于习惯国际法中, 则还必须辅以关于运用该规则的外部惯例以及该规则已被接受为法律的证据。⁶⁸ 大陆架案(马耳他诉阿拉伯利比亚民众国)的判决书指出, “当然, 不言而喻, 尽管多边公约在记录和界定, 甚至发展源于习惯的规则方面可发

⁶⁵ 另见 Baxter, 前注 64, 见第 278 页、第 297 页(“由于条约以一个声音、而不是[多个]声音说话, 因此, 与可能通过审查单个[签署]国惯例积累起来的相互矛盾、含糊不清和代表不同时间的证据相比, 条约是法律状况明确得多, 也直接得多的证据……与各种随便堆砌在一起的国家惯例资料的结构相比, 条约法的结构更有说服力和权威性”); Schachter, 前注 57 页, 见第 721 至第 722 页(“条约(其已获公认的基本法条)易于参阅, 这是一个重要的实际因素”); J. Kirchner, “Thoughts About a Methodology of Customary International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, 43 (1992), 第 215 页、第 231 页(“不管怎样, 条约可为拟议规则的措词提供丰富的资源。条约为[国际]法院履行草拟相关习惯规则措词的任务提供便利。这样, 就不需要从一系列单个行为中构建一般规则的繁重任务。而是可以由法院把国家惯例与先前拟订的规则的内容加以比较”)。

⁶⁶ Tomka, 前注 26, 见第 201 页(在第 206 页补充道, “有编纂性文书供参考, 法院不再着手于通过纯粹归纳从实践事例中提取规则, 而是考虑实践事例是否支持成文规则”)。

⁶⁷ 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), 案情实质, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 97 页, 第 183 段(法院得出结论认为, 所涉条约和习惯国际法之间有很大重叠, 法院说, 它“决不会忽视《联合国宪章》和《美洲国家组织宪章》, 尽管存在对多边条约的保留的做法……法院……在认定习惯国际法内容时, 可以而且必须考虑到这两个宪章”)。另见大陆架(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 13 页, 见第 30 页(“不可否认, 1982 年的《公约》已被绝大多数国家通过, 具有十分重要的意义; 因此, 即便当事方没有提到《公约》, 法院显然也有义务考虑《公约》任何相关条款作为习惯国际法规则在何种程度上对当事方具有约束力”)。

⁶⁸ 另见北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 104 页(法官 Ammoun 的个别意见)(“不应从公约文本的表述中推断习惯形成的证据; 而应从国家惯例中寻求习惯形成的证据”); 核试验案(澳大利亚诉法国), 判决书, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 253 页, 见第 435 页(法官 Barwick 的反对意见)(“限适用于缔约方的协约法在适当情况下可能成为习惯法。另一方面, 可能即便一项广为接受的……条约也无法树立或证明习惯国际法的地位……”); Shihata, 前注 63, 见第 90 页(“在没有以往惯例支持的情况下, 一项条约本身及其签订不能构成或证明一般规则的存在, 但可能标志着创立这一规则的第一步”); Charney, 前注 64, 见第 996 页(“此类[国际会议]谈判[和国际协定]提供了关于国际法规则的有用证据……[但]应当在国家惯例和法律确念的背景下予以认真审查”); Weisburd, 前注 64, 见第 6 页(“条约只是另一种国家惯例形式, []不能仅仅根据条约措辞来解答关于习惯国际法内容的问题”)。

挥重要作用，但习惯国际法的材料还是应主要在各国的实际惯例和法律确念中寻找”。⁶⁹

35. 一项条约条款可通过至少三种途径反映或最终反映习惯国际法的规则，⁷⁰或换言之，帮助确定规则的存在和内容，即该条款可能：(a) 编纂在条约订立之时已经存在的规则；(b) 促成正在出现的新规则定型；或(c) 促成一般惯例被接受为法律，从而诞生新的习惯国际法规则。有必要说明，虽然这三种途径各不相同，但在特定情况下可能重叠。

36. 首先，条约可编纂已经存在的习惯国际法规则。⁷¹ 在这种情况下，条约的“起源或诞生”⁷² 便宣示这些规则，即“条约的起草人识别在开始起草编纂性条约时就已存在的习惯国际法规则，并以成文法的形式表述这些规则。”⁷³ 例如，

⁶⁹ 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 13 页，见第 29 至 30 页，第 27 段。另见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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 98 页，第 184 段（“如果两国商定将某项规则纳入条约，其商定协议足以使这一规则成为约束双方的法律规则；但在习惯国际法领域中，仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确念中”；Boyle 和 Chinkin，前注 62，见第 234 页（“条约并不‘创立’习惯法，但可能编纂现有法律，并推动创建和发展新习惯法的进程”）。

⁷⁰ 当然，条约条款在编纂或发展一项习惯国际法规则方面的地位可能因评估该条款地位的时点而变化。

⁷¹ 《维也纳条约法公约》第 4、第 38 和第 43 条确认了条约和习惯规则并行的可能性。另见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，2015 年 2 月 3 日判决书，第 88 段（“如果条约所述义务也在习惯国际法下存在，则条约义务和习惯法义务依然各自分开，相互独立”；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)，管辖权和可受理性，判决书，《1984 年国际法院案例汇编》，第 392 页，见第 424 页（“这些[习惯国际法和一般国际法原则]被多项公约编纂或体现……这虽是一事实但并不意味着它们停止作为习惯法原则存在和适用，即便在对这些公约的缔约国时，也是如此”）；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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 94 至 96 页；第 207 页(法官 Ni 的个别意见)；和第 302 页(法官 Schwebel 的反对意见)；美国驻德黑兰外交和领事人员，判决书，《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 24 页，第 45 段，以及第 30 至 31 页，第 62 段；摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，1952 年 8 月 27 日判决书，《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页，见第 220 页(法官 Hackworth、Badawi、Levi Carneiro 和 Sir Bengal Rau 的反对意见)；格陵兰和扬马延岛之间领域海洋划界，判决书，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页，见第 135 页(法官 Shahabuddeen 的个别意见)；Weisburd，前注 64，第 19 至 20 页。关于编纂性条约对其声称体现的习惯规则的影响的各种意见，见 Villiger，前注 46，第 151 至 154 页。

⁷² 北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 45 页，第 81 段。另见第 242 页(法官 Sørensen 的反对意见)（“有些条约条款仅制定已被公认为习惯国际法一部分的国际法规则，毋庸置疑，这些条款体现和制定的规则适用于所有国家，无论它们是否已加入该条约”）。

⁷³ Y. Dinstein, “The Interaction Between Customary International Law and Treaties”, 322 *Recueil des cours* (2006), pp. 243, 357. Baxter 解释道，“宣示性条约最容易通过相关的明确声明(通常在文书的序言部分)识别，但其性质也可从条约的筹备工作及其起草历史中识别”；R.R. Baxter, “Treaties and Custom”, 129 *Recueil des cours* (1970), pp. 27, 56. 另见 Wolfke，前注 64，见第 36 页（“如果一项条约明确承认，甚至间接承认现有的习惯规则，则这种承认都是相关习惯规则的额外证据”）。Weisburd 说得对，“尽管这类声明[即声明条约是在宣示习惯]并未准确说明截至条约缔结时的法律状况，但是它相当于条约缔约方明确承认自身受条约规则的法律约束，即便该条约不存在”；Weisburd，前注 64，见第 23 页。

日内瓦《公海公约》(1958年)在公约序言中提及“深愿编纂关于公海之国际法规则”以及“下列条款,概括宣示国际法上之确定原则”;另一方面,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年)起草者在公约序言中认为,“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”,同时,起草者在序言中表示,相信一项国际公约“将有助于国际法的编纂与[逐渐]发展及此领域实践的协调”。有时,编纂之意也可能隐含在案文中。⁷⁴

37. 不过,旨在编纂习惯国际法规则的条约“在这一点上,并非自我验证”。⁷⁵“编纂性公约”可能(而且往往)包含旨在制定法律⁷⁶或代表谈判方决定的特别安排的条款,甚至可能只是一项条款部分宣示习惯国际法。⁷⁷还有一种可能性,即一项条约案文中有关习惯国际法地位的申明是错误的,或者习惯国际法自条约缔结以来已经改变。⁷⁸因此,有必要每次验证所涉条款是否确实是为了编纂习惯,以及是否反映了现有的习惯国际法,即必须确认“惯例证实,规则存在于国家法律确念中”。⁷⁹在此过程中,必须审视国家的声明和行为:“对条约所整合的关

⁷⁴ 在《灭绝种族罪公约》案中,各方“确认”灭绝种族是国际法规定的罪行(另见关于《灭绝种族罪公约》的保留意见,咨询意见:《1951年国际法院案例汇编》,第15页,见第23页)。

⁷⁵ J.K. Gamble, Jr., “The Treaty/Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, 16 (1981), pp. 305, 310。另见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),案情实质,判决书,《1986年国际法院案例汇编》,第14页,见第97至98页,第184段(“国家宣布它们承认某些规则,这一事实不足以使法院认为这些规则是习惯国际法的一部分并对这些国家适用。法院规约第38条规定,法院应适用,除其他外,国际习惯“作为通例之证明而经接受为法律者”,但法院不应无视一般惯例……在习惯国际法领域中所发挥的重要作用,即仅缔约方就规则内容达成共识还不够。法院必须确定,各国惯例的确证实该规则存在于国家法律确念中”; Murphy, 前注54,见第99页(“在没有反驳证据的情况下,有个论点颇有道理,即新条约并非编纂现有的习惯国际法,因为如果是的话,将不需要这一条约”; Danilenko, 前注18,见第154页(“应当强调指出,编纂性公约即使明确指出自身体现了现有的习惯法,也决不能被视为习惯法的确凿证据”); A. T. Guzman, “Saving Customary International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 27 (2005), pp. 115, 162(“条约的主要功能之一是在各国间建立新义务——习惯国际法下不存在的义务。当面对基于条约义务的做法时,很难知道这是否反映了法律确念”); L. B. Sohn, “Unratified Treaties as a Source of Customary International Law”, in A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp. 231, 237 (“一项条约可能不代表公认法律,而是缔约方之间达成的背离公认法律的协定”))。

⁷⁶ 例如,1982年《联合国海洋法公约》序言提及“在本公约中所达成的海洋法的编纂和逐渐发展”。

⁷⁷ 另见 F. Pocar, “To What Extent Is Protocol I Customary International Law?”, in A. E. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO’s Kosovo Campaign* (Naval War College, 2002), at pp. 337, 339 (“编纂过程必然需要评估所涉习惯规则或原则及其书面定义,因此可认为,由此产生的书面案文将影响其范围和内容。因此,通常,条约条款对其编纂的习惯法原则为准确起见而进行的任何调整或可能添加的新元素,必须受到仔细检查,以确定其是否已被接受为普遍适用。然而,条约条款向习惯法原则添加新元素的情况应有别于从公认一般习惯法原则应有之义中派生出的具体规定”))。

⁷⁸ 另见 K. Wolfke, 前注64,见第35页(“一项条约项多可能是现实惯例的近似复制,就像肖像画一样”))。

⁷⁹ 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),案情实质,判决书,《1986年国际法院案例汇编》,第14页,见第98页,第184段。

于缔约方惯例的证据，必须根据习惯国际法的正常证明程序，与所有其他[一致和不一致的]习惯国际法证据进行比较，加以权衡”，特别是与“申明国以往的惯例或声明”相比较。⁸⁰ 所涉条款的准备工作文件可能表明条约缔约方是否以及在何种程度上认为该条款是宣示现行国际法；⁸¹ 条约缔结之后的声明也可具有相关性。⁸² 审查条约之外的做法，即非缔约方的做法或缔约方对非缔约方实行的做法，可能特别重要。

38. 其次，条约(或者，也许更确切地说，缔约)可促使正在出现的习惯国际法规则明确定型。当一项法律“在会议辩论和……从会议所展现的普遍共识中产生的接近协议基础上，通过国家惯例”而演变出来时，就会出现这种情况。⁸³ 法官

⁸⁰ Baxter, 前注 73, 第 43、第 44 页。

⁸¹ 例如, 见南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果, 咨询意见, 《1971 年国际法院案例汇编》, 第 16 页, 见第 47 页, 第 94 段(《维也纳条约法公约》规定的关于因违约而终止条约关系的各项规则(无反对票, 获得通过)可能在许多方面被认为是编纂关于这一主题的现有习惯法)。而准备工作文件指出, 相关条款引起了很多反对意见或需要实质性妥协, 以此为例, 这可能表明它并未反映习惯规则。另见北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 38 页, 第 62 段; Villiger, 前注 46, 见第 131 至 132 页(“如果筹备阶段显示国家惯例不一致, 或如果国家拒绝或批驳(宣示的)的协定规则, 则将削弱该习惯规则的成立理由”)。

⁸² 见 Akehurst, 前注 36, 见第 49 至 52 页。

⁸³ 渔业管辖权(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决书, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 23 页, 第 52 段(“……继该会议之后, 该法在该会议的辩论和接近协定的基础上通过各国惯例而演变出来。源于该会议所产生的普遍共识的两个概念近年来定型为习惯法……”)。另见大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国), 判决书, 《1982 年国际法院案例汇编》, 第 18 页, 见第 38 页, 第 24 段; 和第 170 页, 第 23 段(法官 Oda 的反对意见)(“然后, 如下情况是可能的, 即一项多边条约草案在依照最后条款生效并对缔约国产生约束力之前, 其部分条款已通过有关国家的一再实践而成为习惯国际法”); 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司, 判决书, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 305 页(法官 Ammoun 的个别意见)(“不考虑编纂现有规则的公约也可构成正在出现的新国际惯例的要素”); Sohn, 前注 75, 见第 245 和第 246 页(“因此法院愿意既重视编纂预先存在的习惯法的文书, 又重视促成“正在出现的国际法新规则”定型的文书。为此只需国际会议以协商一致或……无异议的方式通过所涉规则……获得所有相关国家的普遍接受标志着—项新规则的创建。如果多数国家(包括几乎所有对规则适用存在特殊利害关系国家)依此规则行事, 则可明确推定, 该会议商定的规则已成为公认的习惯国际法规则, 尽管该协定尚未获得批准”); Cassese, 前注 29, 见第 183 页(“国际社会发展现阶段的一个有趣特征是, 习惯国际法似乎是在旨在编纂和逐渐发展国际法的外交会议的会外活动中得以发展”); E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law”, 159 *Recueil des Cours* (1978), pp. 16-18; 《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注: 第 16/2000 号决议(一般习惯国际法的形成), 2000 年 7 月 29 日于伦敦举行的国际法协会第六十九届大会通过(下称: “国际法协会《伦敦原则声明》”), 第 49 页(“如果国家惯例与条约起草工作并行发展……后者可能影响前者(反之亦然), 则正在出现的新习惯法的确得到了巩固和进一步定义。同样, 在最后即公约通过阶段, 也是如此。事实上, 起草和谈判过程历时越久, 国家惯例以这种方式定型的空间越大”); 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), pp. 175, 183(“在实践中, 起草条约规范有助于使全球法律意见聚焦, 对各国的嗣后行为和法律信念具有不可否认的影响”)。

Sørensen 指出,“一项意在创立新法的条约可能是基于尚未定型为习惯法的一定数量的国家惯例和理论观点。它可能并非完全新创,恰似在一块白板上勾画,而是源自萌芽状态的习惯规则。”⁸⁴ 然后,该条约能最终反映习惯国际法的某条规则,该规则在“编纂之初,仅处于萌芽状态……后通过各国政府在工作进展过程中对谈判和协商的各种反应[而非通过起草条约本身],孕育中这一习惯得以成型”。⁸⁵ 一个重要例子是第三次联合国海洋法会议期间专属经济区概念的发展(1973 至 1982 年),在《联合国海洋法公约》于 1982 年通过以及 1994 年生效之前,各国已接受其为习惯国际法。⁸⁶

39. 第三,虽然“国际法的一项原则是,多边条约的缔约方不管数量有多少或有多重要,都不能影响其他国家的合法权利”,⁸⁷ 但条约也可作为制订新的习惯国际法规则提供依据。⁸⁸ 正如国际法院所指出的,一项源自条约的规则可能逐渐成为一般国际法,这一进程“是完全有可能发生的,而且确实时有发生:事

⁸⁴ 北海大陆架,判决书,《1969 年国际法院案例汇编》,第 3 页,见第 243 页(法官 Sørensen 的反对意见)(在第 244 页补充道,“作为编纂和逐渐发展国际法综合进程的一部分而通过的一项公约可能构成或最终构成普遍接受的国际法新规则的决定性证据。它并非仅仅旨在宣示现行习惯法这一点在这方面并不重要。该公约可为面临新的相关法律问题的各国提供实践方面的权威性指导,因此,围绕公约条款,可能形成一套新的公认法律规则”)。

⁸⁵ Dinstein, 前注 73, 见第 358 页(解释说“情况是,在编制条约工作启动之前,习惯已经萌芽,但尚未壮大。持续开展的谈判和磋商有助于加速国家惯例(如果之前国家惯例是慢慢吞吞,现在则是大踏步前进),也有助于形成共同的法律确信。然后,条约对定型的习惯加以阐述,使其成为实在法……成功定型的关键是,在拟订条约的过程中显示,新的习惯现行法已开始成型”)。

⁸⁶ 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 13 页,见第 33 页,第 34 段(“法院认为,毫无疑问,各国惯例显示,根据距离确定应享权利的专属经济区制度已成为习惯法的一部分”)。关于专属经济区概念的发展,例如,见 Y. Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2012), at pp. 124-5。

⁸⁷ 西南非洲的国际地位,咨询意见:《1950 年国际法院案例汇编》,第 128 页,见第 165 页(法官 Read 的个别意见)。另见渔业管辖权(联合王国诉冰岛),案情实质,判决书,《1974 年国际法院案例汇编》,第 3 页,见第 90 页(法官 De Castro 的个别意见)(“一种主流趋势的存在,乃至被国际公约接受,并不意味着公约已使该规则被定型为或正式确立为习惯法规则”);《维也纳条约法公约》第 34 条。

⁸⁸ 1969 年《维也纳条约法公约》第 38 条题为“条约所载规则由于国际习惯而成为对第三国有拘束力”(条文如下:“第三十四条至第三十七条[涉及条约及第三国]之规定不妨碍条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”)。1986 年《维也纳公约》第 38 条也有类似条款:“第 34 至第 37 条的任何规定不妨碍条约所载规则作为公认的惯国际法规则而对第三国或第三组织发生约束力。”关于维也纳各公约第 38 条,见 G. Gaja, “Article 38” in O. Corten, P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011), at pp. 949-960。

实上，这是习惯国际法新规则有可能得以形成的一个公认方式。”⁸⁹ 条约条款所定规则可延伸适用于非缔约方的机制，即“延伸机制”⁹⁰ “不应轻易被视为

⁸⁹ 北海大陆架，判决书，《1969年国际法院案例汇编》，第3页，见第41页，第71段；另见第96页(法官 Padilla Nervo 的个别意见)(“未经第三国同意，条约并不对其产生权利或义务，但条约所定规则有可能作为习惯国际法规则而对非缔约国发生约束力”)；见第225页(法官 Lachs 的反对意见)(“人们普遍承认，国际文书的规定有可能获得一般国际法规则的地位。甚至连未批准的条约都可能构成法律惯例的开端。对许多国家有约束力的条约，不用说更能够产生这种效力，这种现象在国际关系中并非罕为人知”)；见第241页(法官 Sørensen 的反对意见(“人们普遍承认，条约或公约所定规则有可能作为习惯国际法规则，或作为以其他方式被公认为具有法律约束力的国际规范，而对非缔约国产生约束力”)。另见黎巴嫩问题特别法庭，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、多重指控(上诉分庭)，2011年2月16日，第107至109段；检察官诉德拉利奇，IT-96-21-T 号案件，判决书(前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭)，1998年11月16日，第301至306段(指出，“[条约规定成为习惯国际法的一部分]这一发展说明了习惯国际法不断演变的性质，这也正是它的优势所在”)；检察官诉 Kallon (塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭)，SCSL-2004-15-AR72(E) 号案件和 SCSL-2004-16-AR72(E) 号案件，关于质疑管辖权的决定：洛美协定大赦，2004年3月13日，第82段；检察官诉塔迪奇，IT-94-1 号案件，对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所作的裁决，1995年10月2日，第98段(“……这两套规则相互影响，从而使一些条约规则逐渐成为习惯法的一部分”)；国家关于“区域”内活动的责任和义务，咨询意见，2011年2月1日，《2011年国际海洋法法庭案例汇编》，第10页，第135段(“分庭注意到，越来越多的国际条约和其他文书已采纳审慎办法，其中许多反映了《里约宣言》原则15的表述。分庭认为，这已开始形成一种趋势，使这一办法成为习惯国际法的一部分”)；检察官诉 Furundžija，IT-95-17/1-T 号案件，判决书(前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭)，1998年12月10日，第138、第168段(“各种因素表明，这些条约[禁止酷刑]的规定已发展成熟，成为习惯规则。首先，这些条约……几乎得到了全世界所有国家的批准……各国的普遍加入表明，所有国家均接受禁止酷刑等规则。其次，从未有任何国家声称有权在武装冲突时实施酷刑，也没有任何国家曾表明或表示反对执行禁止酷刑的条约规定……第三，尽管没有明确提及酷刑，但国际法院曾权威认定了这一习惯规则形成过程”)；Domingues v. United States, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), para.104(“条约的准则可被视为确定了新的原则或习惯法规则。只要确立习惯规则的各种因素具备，新的习惯国际法规则甚至还有可能在很短的时间内，在原本纯粹由条约所定规则基础上形成”)；Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Decision on Objections to Jurisdiction, 11May2005), para.144(“国际法中不存在任何障碍来阻止各国通过条约表达意愿，并同时表达惯例和在满足条件的情况下表达产生习惯规则所需的法律确信”)；van Anraat v. The Netherlands, Application No. 65389/09, Decision on Admissibility (European Court of Human Rights), 6 July 2010, para.88(“正如国际法院所释……条约规定有可能成为习惯国际法。其必要前提是：相关规定应在任何情况下均具备潜在的规范的规范制订性质，例如，能够被视为形成一般法律规则的基础；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，这一惯例从而具备了强制性(法律或必要确信)”)。但是，见 Barboza，前注54，见第12页(“然而，我们认为，习惯规则几乎不可能直接从案文产生。尽管某一法律领域可能较新，但必须先有一些活动，这些活动肯定会导致一些由必要性左右的实践和类推适用的原则。假如没有任何活动，很难想象某个条约述及某个主题……”)。

⁹⁰ Barboza，前注54，见第4页(提及一些“[法律]共同体先驱”国家，这些国家在起草公约方面，发挥了“‘立法’过程中的先驱作用”，它们“在国际关系中的份量[通常由于是某些世界大国以及大多数特别受公约相关议题影响的国家的参与]为这一共同体的加入邀请增添了权重”)。

已然实现”。⁹¹ 首先,这需要“相关条款应……具备根本的规范制订性质,例如,能够被视为形成一般法律规则的基础”。⁹² 例如,那些为条约设立的专门机构规定作用的条款不太可能属于这种条款。⁹³ 还有一个条件是,“在所援引的条款方面,国家惯例,包括尤其切身相关的国家的惯例,应既广泛又基本统一;此外,

⁹¹ 北海大陆架,判决书,《1969年国际法院案例汇编》,第3页,见第41页,第71段。另见 *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para.111 (“在国际实践中往往难以确定多边或双边条约承认的义务在什么时候开始影响、形成习惯国际法规则的内容,对并这些条约非缔约国产生约束力”); S.M. Schwebel, “The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 98 (2004), pp.27, 29(“只对这些条约缔约方有约束力的条约规定也许会渗入一般国际法,从而对整个国际社会产生约束力,这一过程是微妙而难以捉摸的”); P. Weil, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, 77 (1983), pp. 413, 433-438。

⁹² 北海大陆架,判决书,《1969年国际法院案例汇编》,第3页,见第41至42页,第72段。另见 P.-H. Verdier, E. Voeten, “Precedent, Compliance, and Change in Customary International Law: An Explanatory Theory”, *American Journal of International Law*, 108 (2014), pp.389, 426 (指出:“规范制定性”标准“似乎要求该规则以一般性的语言阐述,从而有具普遍约束力的可能”); Thirlway, 前注 27, 见第 84 页(“必须是一种可作为一般规则的形式”); C. Brämann, ‘Law-Making Treaties: Form and Function in International Law’, *Nordic Journal of International Law*, 74 (2005), 383, 384; B.B. Jia, “The Relations between Treaties and Custom”, *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010), pp. 81, 92(指出:“根本的规范制定”是“一项雄心勃勃的任务,只有借助多边条约才能完成”); Villiger, 前注 46, 第 177、179 页)(“一般规则可以界定为面向未来的规定,涉及的主体的数目可能是无限的、普遍的,而不是个别的……另一个标准……是“造法”的协议所定规则也具有抽象性质,即:潜在规管的是若干抽象的情况,而不是具体情况”)。但是,见 R. Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), pp. 119, 147-148 (“对这句话出现了不同的解释,例如,法院是指规则对国家有普遍性的约束力,或一项规定没有太多削弱其规范性内容的例外情形。无论如何,‘根本的造法性’标准似乎不太令人信服。该标准是基于某种逻辑倒置。一条规则不是因为其根本的造法性才可能成为习惯规则;而是因为已通过国家惯例成为习惯规则,才可以(如果希望如此)称之为具有根本的造法性。然而,在这种情况下,该标准变得多余。这可能只意味着,在解释一项条款以确定其习惯法性质时,可以合理地假设,过于狭窄或具体的规范不易符合成为一般国际法的资格。但仅此而已。即使是非常具体的规范(例如,设定图表中的时限),如果各国在实践中予以采纳,也可能成为习惯规则。因此,真正重要的是有效的国家惯例和国家最终的法律确信,而不是关键规范的任何内在性质。此外,可以说,每一个规范,由于其本身的性质,在某种程度上都具有‘造法性’也即规范性,或是可推而广之的。这是程度问题,因而是用于背景解释”); 国际法协会《伦敦原则声明》,第 52 至 53 页; Baxter, 前注 73, 见第 62 页。

⁹³ 在尼加拉瓜诉哥伦比亚案中,国际法院认为《海洋法公约》第 76 条第 1 款(大陆架外部界限)反映了习惯国际法,但并未述及其后各款:领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚),判决书,《2012 年国际法院案例汇编》,第 624 页,见第 666 页,第 118 段(“本院认为,《海洋法公约》第 76 条第 1 款所列大陆架定义构成习惯国际法的一部分。在本阶段……无需裁定《海洋法公约》第 76 条其他各款是否构成习惯国际法的一部分”)。

国家惯例[发生]的方式也应表明，普遍承认,所涉及的是一项法律规则或法律义务。⁹⁴

40. 关于条约特别是所谓“造法条约”的规定以某种方式反映或最终反映习惯国际法的规则，可以举出许多例子。在这方面，从 1958 年《大陆架公约》对习惯国际法接受大陆架概念的影响，到专属经济区概念的出现，海洋法是一个例子特别丰富的领域。⁹⁵ 同样，《维也纳条约法公约》的许多条款已经体现了习惯国际法，或自那以后就被视为习惯国际法。⁹⁶ 《维也纳公约》中最重要的规则是关于条约解释的规则，国际和国内各法院及法庭一再认定这些规则反映了习惯国际法，而且这些规则还被适用于很久以前的条约。⁹⁷ 国家豁免是另一个多边公约

⁹⁴ 北海大陆架,判决书,《1969 年国际法院案例汇编》,第 3 页,见第 43 页,第 74 段。另见 B. Cheng, “Custom: The Future of General State Practice In a Divided World”, in R. St. John Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), at pp.513, 533 (“如试图确定任何一般国际法规则是否存在一样，每次这种转变[条约的一项规定转变成一般国际法规则]是否已经发生的问题，即是一个应根据具体证据确定的事实问题”)；G.L. Scott, C.L. Carr, “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, 25 (1996), pp.71,82(“多边条约本身并不能笼统地“即时”创立对国际体系中所有国家适用的习惯国际法，而是必须等待各国的嗣后反应”)。国际法院还指出，如果记录表明“公约得到非常广泛、有代表性的参与……前提是包括那些利益特别受影响的国家”，这本身也许足以使协约所定一项规则转变为习惯国际法规则(见第 73 段)。换言之，一项多边条约可能在某些情况下“由于自身的影响”(第 71 段)，而导致产生习惯国际法规则。但是，正如最近有人撰文指出，“法院小心翼翼，甚至不去明确断定该方法是否可能……不管怎样，在法院的判例中，对编纂法典的公约的普遍参与本身从未能充分确认一项习惯规则”(Tomka, 前注 26, 见第 207 页)。另见国际法协会《伦敦原则声明》，见第 52、54 页(“应当指出的是，法院既没能给出例证，也没能适当地阐发这一点。因此，可能不应过分强调法院说过的几句话。而且，除仅有订约意图外，其他证据通常肯定不会出现在公约中……从上述分析可以看出，单单一项多边或双边条约不会“由于其本身的影响”而立即创立一般习惯法，即使一系列此类条约也似乎不可能产生这样的效力，(最多)极其罕见的情况除外”)；Schachter, 前注 57, 第 724 至 726 页；Thirlway, 前注 27, 第 86 至 91 页。但见对<灭绝种族罪公约>提出的保留，咨询意见：《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 52 至 53 页(法官 Alvarez 的反对意见)；检察官诉 Norman, SCSL-2004-14-AR72(E)号案件，对以缺乏管辖权为由提出的初步请求所作裁定(塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭)，2004 年 5 月 31 日，第 18 至 20 和第 50 段)。

⁹⁵ T. Treves, “Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer”, 223 *Recueil des cours* (1990), pp.9-302; J.A. Roach, “Today’s Customary International Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, 45 (2014), pp. 239-259。

⁹⁶ 见 O. Corten, P. Klein, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd edition (Oxford University Press, 2011)关于《维也纳公约》各条“习惯法地位”一节。另见 I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition (Manchester University Press, 1984), at pp.5-28。

⁹⁷ 卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决书，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1059 页，第 18 段(将《维也纳公约》关于解释的规则适用于 1890 年条约)。仲裁法庭在莱茵铁路案(比利时/荷兰)中很好地总结了这一判例法(2005 年 5 月 24 日裁决，第 45 段)《常设仲裁法院裁决汇编》，(T.M.C. Asser Press, 2007)；另见国际法委员会 2013 年暂时通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案，结论草案 1，第 1 段(以及评注第(4)至(6)段)：国际法委员会 2013 年报告(A/68/10)，第 39 段。

对识别习惯国际法规则起着核心作用的领域，⁹⁸ 尽管不同法院有时会得出不同的结论。⁹⁹

41. 条约缔约方(互相之间)的惯例可能主要由条约义务驱动，因此通常对确定一条习惯国际法规则的存在或制定这样一条规则的帮助较小。¹⁰⁰ 这种惯例通常如此，有时用作根据《维也纳条约法公约》第 31(3)(b)条或第 32 条规定的规则解释条约的资料(国际法委员会正在“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题下审议该事项)。如 Baxter 指出的，这一点可能会在一项条约几乎吸引到普遍参

⁹⁸ 另见 R. O' Keefe, C.J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary* (Oxford University Press, 2013), at p. xli (“毫无疑问，通过国家的密切参与，《公约》的拟订过程表明或者不仅表明而是确定了当代关于国家豁免的习惯国际法内容。这并不是说每一条实质性条款的全部内容都必定符合习惯法……国际和国内法院均已视该《公约》为当今习惯法规则有说服力的依据……”)。尤见国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，多处，特别是第 123 页，第 55 段(“具有特别重要意义的国家惯例在于……国家所作的发言，先是在国际法委员会对这一问题的广泛研究过程中，然后是在通过该《联合国公约》之时所作的发言”)。

⁹⁹ 英格兰和威尔士上诉法院在其 2015 年 2 月 5 日关于 *Benkharbouche and Anor v. Embassy of the Republic of Sudan* [2015] EWCA Civ 33 一案的判决中，对 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 11 条(“雇用合同”)是否反映了习惯国际法进行了审议：在审议时，法院指出(见第 36 段)“……必须仔细审查每项条款，以确定是否满足要被视为习惯国际法的严格要求”；在审议了其他法域的立法和判决后，国际法院(见第 46 段)“认为，在缺乏某些特别条件的情况下，无法认定有任何国际法规则规定对代表团服务人员的就业申诉给予豁免……”。在审议 2004 年《公约》第 12 条(“人身伤害和财产损害”)规定的“领土内侵权行为”的例外范围时，国际法院不得不与各国法院的不同意见进行论辩(国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 129 至 135 页，第 62 至 79 段)。

¹⁰⁰ 例如，见北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 43 页，第 76 段(“无论是单方面还是共同采取行动，有关国家中超过一半都是或很快成为《日内瓦公约》缔约国，因此可以推断，就它们而言，其行动是为了实际或潜在地适用公约。从它们的行动中根本无法合理推论出存在一项倾向于相等距离原则的习惯国际法规则”)；摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案，1952 年 8 月 27 日判决书：《1952 年国际法院案例汇编》，第 176 页，见第 199 页；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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 531 页(法官 Jennings 的反对意见)(“……显然难以从这些不是《宪章》缔约方的少数国家行为中提取出关于这些事项的哪怕一丁点相关‘惯例’；而其他所有国家的行为及其本可证明的法律确信，则肯定可以用它们受到《宪章》本身约束这一点来加以解释”)；与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，见第 479 页，第 37 段(法官 Abraham 的个别意见)。参阅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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 96 至 97 页，第 181 段(“《宪章》在这一领域表述的原则已经出现在习惯国际法中，随后的四十年里该法律在《宪章》的影响下发展，以致《宪章》中的若干规则已经具有独立于该法律之外的地位”)。

与时确定是否已经形成一条习惯国际法规则造成特别大的困难。¹⁰¹ 对非缔约国的行为或对缔约国对非缔约国的行为，则不会出现这种问题，因为这些行为可能明显构成了惯例，可用于识别条约中规定的一条规则具有习惯效力。¹⁰² 无论如何，如 Crawford 最近所言，“国家惯例要求 Baxter 悖论成立，即对条约的参与是不够的。习惯不只是条约，甚至不只是普遍接受的条约……[但是]习惯和条约同时存在则表明，Baxter 悖论实际上并非真正的悖论。”¹⁰³

42. 如第二次报告所述，¹⁰⁴ 在大量双边条约中重复出现类似或相同的条款可能产生一条习惯国际法规则或证明其存在，¹⁰⁵ 但没有必然性。在这方面，同样需要根据有关背景和通过这些条款时的具体情况对这些条款(以及编入这些条款的条约)进行分析。使这种分析尤其重要的是，因为“存在多项……条约……事实上是一把双刃剑”：¹⁰⁶ “即使相当多的条约彼此一致，其本身仍不足以证明，甚至不足以由此推定，整个国际社会都认为这些条约可作为一般习惯法的证据。

¹⁰¹ Baxter, 前注 73, 见第 64 页(“随着文书缔约方数目增加, 更难以证明非缔约方的一贯行为模式。习惯法创立过程的参与方可能很少, 以致其惯例的证据微乎其微或完全没有。因此产生了一个悖论, 即随着条约缔约方数目增加, 更难以表明独立于条约存在的习惯国际法内容”)。另见检察官诉德拉利奇, IT-96-21-T 号案件, 判决书(前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭), 1998 年 11 月 16 日, 第 302 段(“在某些情况下, 可能极难确定这种习惯法存在的证据, 即国家惯例和法律确信, 特别是在一项多边条约已经得到绝大多数国家通过的情况下。要使用条约以外的国家惯例证据来证明单独的习惯规范或证明公约规范已成为习惯, 则更加困难, 因为这让人觉得只有非条约缔约方的惯例受到重视”)。

¹⁰² 另见 Henckaerts 和 Doswald-Beck, 前注 36, 见第 1 页(“这项研究采取了谨慎的方法, 认为广泛批准只是一个迹象, 必须结合惯例的其他要素进行评估, 特别是非该条约缔约方的国家的惯例。非缔约国的一致惯例被视为重要的正面证据。然而, 非缔约国的相反惯例被视为重要反证。条约缔约国(相对于非缔约国)的惯例也具有特别相关性”)。

¹⁰³ J. Crawford, 365 *Recueil des cours* (2013), 107, 110。另见 Kolb, 前注 92, 第 145 至 146 页(他表示, 只有在予以抽象表述时该悖论才成立, 因为“在具体的情况下, 具体的背景情形通常会破除”这一悖论); Villiger, 前注 46, 见第 155 页。

¹⁰⁴ A/CN.4/672, 第 76(f)段。

¹⁰⁵ 另见 Thirlway, 前注 27, 见第 59 页(“多个国家在一段时间内缔结了一系列双边条约, 其中对彼此间关系的相同问题全都采取同样的解决办法, 则可能产生一条新的习惯国际法规则”); *Mondev International Ltd v. United States of America* (ICSID, Award, 11 October 2002), para.125(“……现行国际法的内容受到 2 000 多项双边投资条约和许多友好及通商条约的影响”)。

¹⁰⁶ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司, 判决书, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 306 页(法官阿蒙的个别意见)。

在不少情况下，这类条约似乎反而证明存在对一般规定的例外”。¹⁰⁷

43. 第二次报告也指出，¹⁰⁸ 有关国家是否确实已经签署和/或批准条约，¹⁰⁹ 以及缔约国是否有能力对条约的条款作出保留，¹¹⁰ 可能也与评估是否存在有关条

¹⁰⁷ K.Wolfke, 前注 64, 见第 35 页。另见艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国), 初步异议, 判决书, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 582 页, 见第 615 页(“据几内亚援引, 促进和保护外国投资协定以及《华盛顿公约》等各项国际协定制定了保护投资的特别法律制度, 或这方面的规定通常被列入国家与外国投资者之间直接签订的合同, 这些事实不足以证明外交保护的习惯规则发生了变化, 因为这同样可以证明事实正好相反。”); 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 317 至 318 页(副庭长施韦贝尔的反对意见)(“如果其本质已经是国际法, 为什么还要订立这些[多项]条约……?”); Schachter, 前注 57, 见第 732 页(“国家一般不认为这种标准化条约是习惯法的证据, 因为在大多数情况下, 双边协定是通过交换条件而谈判达成的”); Danilenko, 前注 18, 见第 143 页; L. Kopelmanas, “Custom as a Means of the Creation of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), pp.127, 137; 国际法协会《伦敦原则声明》, 第 47 至 48 页(“不能假设一系列类似条约规定能产生具有相同内容的新习惯规则”); W.W.Bishop, 147 *Recueil des cours*(1965), pp.147, 229-230。

¹⁰⁸ A/CN.4/672, 第 76(f)段。

¹⁰⁹ 另见大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国), 判决书, 《1982 年国际法院案例汇编》, 第 18 页, 见第 38 页(“如果[法院]得出结论, 认为公约草案条款的内容体现了原已存在或新出现的习惯法规则或将之定型, 因此这些条款内容对国际社会所有成员具有拘束力, 那么法院不能忽视该公约草案的任何条款”); 哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 266 页, 见第 277 页(“批准该公约的国家数目有限, 这一点反映了该论点的缺陷[根据该论点, 这项公约仅编纂了已被认定为习惯的原则]……”); ‘使国际习惯法的证据更易于查考的方法和手段’, 国际法委员会第二届会议报告(A/CN.4/34), 《1950 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 368 页(“即便是已经签署但未生效的多边公约, 也常被视为有价值的习惯国际法证据”); Sinclair, 前注 57, 见第 227 页(“可以公平地说, 即使少数国家批准的编纂性公约, 通常仍可被视为提供了一些关于相关主题的法律确念的证据。证据的质量则将取决于可能成为问题的具体条款的来源。若某个具体编纂性公约的筹备工作材料表明, 某一条款在编纂会议上是以赞成和反对票数相当的投票结果通过的, 而且因此产生的争议可能使一些国家拒绝参加公约, 则显然有充足理由在后来的编纂工作中降低该条款的价值”); Villiger, 前注 46, 见第 165 页(“未批准文书并不总是[对习惯国际法的基本规则]产生不利影响, 正如一项公约并不能创立即时习惯法一样”); 北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 226 页(法官 Lachs 的反对意见)(“拖延批准及加入多边条约是当代条约实践中的常见现象……不能将批准和加入条约的国家数目本身视为普遍接受某一特定文书的确凿证据”); G.E.Do Nascimento E Silva, “Treaties as Evidence of Customary International Law”, in *International Law at the Time of Its Codification: Essays in Honour of Robert Ago* (Dott. A. Giuffrè Editore, 1987), at pp. 387, 397(“未完成批准程序的公约如果得到大多数国家核可并得到有代表性的较大数目的国家批准, 那么其一般国际法的权威性也会增加。反过来, 如果在很长时间内只有极少国家批准或遵守该公约, 那么其力量将有所损失。如果未完成批准程序公约得到嗣后国际惯例的补充, 特别是如果国际法院考虑基于其条款的惯例, 那么其重要性也会增加”); Thirlway, 前注 27, 第 87 页(“必须铭记, 对于批准和不批准编纂性条约的重要性进行任何评估, 都必须十分谨慎”))。

¹¹⁰ 国际法委员会《对条约的保留的实践指南》(2011 年) 准则 3.1.5.3 提出: “一项条约规定反映了习惯国际法的一项规则, 其本身并没有妨碍对该条文提出一项保留”。正如国际法委员会在该准则的评注中所解释的, 国际法院在北海案中对于排除某些保留的推断非常谨慎(评注 4)。国际法委员会指出, 国际法院并没有确认不容许对反映习惯法的条约规定有所保留。

款的法律确念有相关性。应再次强调，必须认真审查通过条约案文的特定情境，以及与其内容相应的惯例。

44. 提出下列结论草案(列入新增的第五部分，题为“特定形式的惯例和证据”)：

结论草案 12

条约

如果确定所涉条约规定符合以下条件，则该项规定可反映或最终反映习惯国际法规则：

- (a) 在订立条约时编纂现有的习惯国际法规则；
- (b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型；或
- (c) 导致被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。

B. 国际组织和国际会议通过的决议

45. 人们普遍认为，在某些情况下，各国在国际组织和国际会议上通过的决议在习惯国际法的形成和识别方面发挥着作用。在实践中为识别习惯国际法规则而援引书面文本时，这些决议颇受重视。

46. 在这方面，法院和国际法学者们特别重视联合国大会的决议，大会这个平台的参与程度几乎是普遍的，而本节将用很多篇幅专门对这些决议进行讨论。这些决议作为习惯国际法的证据或驱动力可具有特别的相关性。¹¹¹ 不过，各国的其他会议也可能很重要。¹¹² 成员数目较为有限的国际组织机构¹¹³ 和国际会议可

¹¹¹ G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales*(Pedone, 2001)包含关于国际组织决议和国际组织在习惯国际法中作用的各个方面的丰富内容。另见 J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*(Columbia University Press, 1970); J. Castañeda, 'Valeur juridique des résolutions des Nations Unies', 129 *Recueil des cours*(1970), p. 205; M. Forteau, "Organisations internationales et sources du droit", in E. Lagrange, J.-M. Sorel(eds.)*Traité de droit des organisations internationales*(L.G.D.J., 2013), at p.257; Cassese, 前注 29, 见第 193 页(“有理由认为，联合国为国际社会几乎所有成员提供在一起交流意见的独特机会，这一点必然对习惯规则的出现或调整产生了重大影响”)。

¹¹² 例如，国际法院曾提到 1975 年《赫尔辛基最后文件》：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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 107 页，第 204 段(“可以推断案文证明了……存在普遍适用的[不干预]的习惯原则”)。

¹¹³ 例如，联合国安全理事会：见 O. Corten, “La participation du Conseil de sécurité à l'élaboration, à la cristallisation ou à la consolidation de règles coutumières”, *Revue belge de droit international* (2004), pp.552-567; 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，咨询意见，《2010 年国际法院案例汇编》，第 403 页，见第 437 至 438 页，第 81 段；检察官诉塔迪奇案，IT-94-1 号案件，关于辩方对管辖权的中间上诉申请的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭)，1995 年 10 月 2 日，第 133 段(“安全理事会一致通过的某些决议对于形成以下法律确念非常重要，即实施或命令实施违反关于内部武装冲突的一般国际人道主义法的人员应被追究刑事责任”)。安全理事会关于索马里问题的第 2125(2013)号决议第 13 段强调“不得将本决议视作确立习惯国际法”；另见关于同一问题的安全理事会第 1838(2008)号决议第 8 段。

以发挥类似职能，但在证明一般习惯国际法方面的权重通常较低；然而，它们在特定习惯的形成和识别方面发挥核心作用(详见下文第七节)。

47. 虽然此类决议本身不能创立习惯国际法，但就提供关于现有或正在出现的新法律的证据而言，“有时可能具有规范价值”。¹¹⁴ 然而，需要谨慎确定某项

¹¹⁴ 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 254 至 255 页，第 70 段(“法院指出，大会决议即使没有约束力，有时也可具有规范价值。在某些情况下，决议可为确定存在一项规则或出现一个法律概念提供重要证据”)。以协商一致方式获得通过的 1974 年 11 月 12 日大会第 3232(XXIX)号决议载有下列规定：“认识到国际法的发展，除透过其他途径外，可能反映于大会的宣言和决议，国际法院也应在这个范围内加以考虑”。另见南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 31 页，以及西撒哈拉，咨询意见，《1975 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 31 至 33 页(提到《给予殖民地国家和人民独立宣言》(大会第 1514(XV)号决议)是有关非自治领土的国际法发展的“新的重要阶段”；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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 103 页，第 195 段(“可用大会第 3314(XXIX)号决议所附“侵略定义”……所载描述反映习惯国际法”)；*Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, 62 *International Law Reports* (1982), 141, 189 (“……所述决议，即使不是获得一致赞同的法律渊源，也是国际上的观念的近期主导趋势的证据……”)；国际法学会第十三委员会关于联合国大会决议的结论，可查阅 http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF，结论 1(“虽然《联合国宪章》没有赋予大会制定约束各国关系的规则的权力，但大会可提出以建议，促进国际法的逐步发展、巩固和编纂。可以通过各种决议实现这一目标”)；G.Abi-Saab, “*La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté*”, in *Le droit international à l’heure de sa codification, Etudes en l’honneur de Roberto Ago* (Giuffrè, 1987), at pp. 1, 53, 56 (“目前，绝大多数理论认为大会的规范性决议与习惯之间的互动方式类似于国家法院确定的编纂性条约，即这些决议可产生宣告、确定和创立习惯规则的潜在效力”)；J. A.Barberis, “*Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens*”, in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für R. Bernhardt* (Springer, 1995), at pp. 21, 22-23 (“根据《联合国宪章》，联合国大会通常无权制定对会员国具有法律约束力的决议，而且……不能通过习惯途径获取这种权力。然而毫无疑问的是，大会决议是形成习惯的一个重要因素。”)；S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), at p. 111 (“政府间组织机构通过的决议现已存入通用的国际素材库……律师们必须加以考量”)；Thirlway, 前注 27，见第 44 页 (“毫无疑问，此类[联合国大会宣示性决议]确实对国际法发展有重要贡献……但这并未使其具有立法性质”)；C. Tomuschat, “*The Concluding Documents of World Order Conferences*”, in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), at pp. 563, 568 (“国际会议没有成为立法机构的资格。当各国政府起草总结会议成果的案文时，其行动通常不带有创立有约束力的法律的意图。相反，其目的是说明今后要采取的政治行动方案……即便在最后文件中达成协议，能否产生有约束力的法律效力仍完全取决于有关各方有无此意愿。事实上，如果各国政府有意作出法律承诺，它们始终可以选择明确的条约文书……虽然纯粹政治言论无法产生法律效力，以致上述会议尚未形成传统意义上具有约束力的法律文书，但忽视其成果是短视的”(另见第 568 至 580 页关于“免责声明和保留意见”的陈述)；Weil, 前注 91，见第 417 页(“作为趋势、意图、愿望的社会和政治表述，决议完全可构成拟订国际规范进程的一个重要阶段；然而，决议本身并不构成新规范的正式渊源”)。

决议是否的确有此作用：“在每一种情况下都须进行阐述、评价和评估”。¹¹⁵ 重要的是，“与国家的任何声明一样，始终需要考虑各国在国际论坛上投票支持或反对某些决议的真实用意”。¹¹⁶ 正如各国自己经常强调指出，大会是一个政治机构，各国在其中的行为是否具有法律意义通常很不明确。¹¹⁷ 因此，需要本着“所有应有的谨慎”来确定某项决议是否具有上述规范价值：¹¹⁸ 正如国际法院所解释，“需要审视决议内容及其通过的条件；还须研究对其规范性质是否

¹¹⁵ Crawford, 前注 103, 见第 90、112 页。另见 Boyle 和 Chinkin, 前注 62, 见第 225 页(“国际组织的决议以及各国的多边宣言也会影响习惯国际法。它们是否有此效力取决于必须逐案评估的各种因素”); Treves, 前注 54, 见第 44 至 46 页。

¹¹⁶ G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar, 2012), 88。另见 Shaw, 前注 22, 见第 63 页。

¹¹⁷ 另见 M. D. Öberg, “The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ”, *European Journal of International Law*, 16 (2006), pp. 879, 902(“大会的吸引力在于非常广泛地代表现有国家, 并且拥有集中和非常便利的手段, 可同时确定所有出席的会员国关于某议题的观点。然而, 大会也是一个政治机构, 无法成为确立法律的理想论坛。各国的投票选择的确可能出于道义、政治或务实等法律以外的原因(例如, 经讨价还价达成交易的结果达成的协定)。此外, 国家投票反对某项决议的原因可能是认为决议力度太过或不足。另外, 当‘各国根据通常影响其表决法律意义的某些规则和机制采取行动’或决议并非归因于个体会员而是归因于主办机构和组织时, 将一国束缚于其所投赞成票之上也难言公正。最后, 参加大会投票的各国代表通常无权为各自国家做出法律承诺”(引文从略)); M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), at pp. 434-435(我们是否有权假定一张赞成票反映了国家对法律的观点? 这是很难确定的。投票可能是一种政治姿态(例如确认其属于某一联盟), 而与该国认可的惯例毫无关系。投票还可能是出于某强国施加的压力或旨在羞辱该国的敌人。上述情况均未“反映”有关国家的任何法律确信。此外……在解释联合国决策时可能(经常)假定决策没有约束性——各国代表不具有全权则证明了这一点”); Kirchner, 前注 65, 见第 235 页(“我们必须铭记, 就其性质而言, 决议通常不产生法律义务。可以推定, 各国不采用条约形式, 是不愿受到任何约束”)。

¹¹⁸ 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), 案情实质, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 99 页, 第 188 段。

存在法律确念。有时一系列决议可能体现出确立一项新规则所需的法律确念的逐渐演变”。¹¹⁹

48. 在此类评估中，某项决议使用的具体措辞至关重要：“与国家惯例一样，在分配法律权重前，必须审查具体决定的内容以及其在何种程度上考虑了法律事项”。¹²⁰ “以规范性语言”起草的决议¹²¹ 是可能具有相关性的决议，具体措

¹¹⁹ 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 255 页，第 70 段。另见 R.Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), p. 28 (“与国际法的许多内容一样，下面的问题没有简单答案：国际组织的决议在创立国际体系规范进程中发挥什么作用？为了回答这个问题，我们需要审视所述决议的题材，审视决议是具有约束力还是建议性质，审视支持通过决议的是什么样的多数，审视与决议有关的重复惯例，审视法律确念的证据。当我们摇动这样一个万花筒，看到相关的模式以某种方式呈现，可见，决议无疑在创建规范方面发挥了重要作用”)；B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later)”, *British Yearbook of International Law*, 58 (1987), pp. 39, 138 (“在审议某项决议的各种效力或应有权重时，可考虑适当揉合在各项决议中的许多或所有上述因素。这些因素的相关性和重要性不尽相同，即在有效性、其作为一种解释的普遍可接受性、宣示效力或约束力等方面具备不同效力。重要性可能因决议而异”)；I. Brownlie, “Presentation”, in A. Cassese and J. H. H. Weiler (eds.), *Change and Stability in International Law-Making* (Walter de Gruyter, 1988), at p. 69(“一些大会决议，即并非泛指的大会决议，而是特指某些大会决议，是一般国际法状态的重要证据。决议案文、决议通过前的辩论以及各代表团对投票的解释都是国际法状态的证据，但仅此而已。当我说到证据，不一定意指有利或积极的证据。因此，上述证据可能显示对决议各个方面存在意见分歧，以致就习惯国际法标准而言，这表明我们离在某一议题上与形成习惯国际法仍有一定距离”)；C. Economidès, “Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, 34 (1988), 131, 143-144 (“若满足上述条件(具有规范性内容、获得大多数支持等)，则上述决议可发展成为习惯规则，前提是各国有效地将其付诸实践，对创立习惯而言，这一点始终是至关重要的。”)；Thirlway, 前注 27, 见第 65 页(“必须考虑各种可能的决议类型，甚至是每项决议的实质内容，因为决议本身的以及会员国立场的相对权重将因有关决议的形式和题材而有所不同”)。

¹²⁰ Crawford, 前注 20, 见第 194 至 195 页。例如，见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，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 102 至 103 页，第 193 段；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 255 页，第 72 段。另见 Barberis, 前注 114, 见第 34 页(“提出建议、表达意愿、鼓励采取特定行动、寻求协作、邀请采取某些措施或使用类似表述的决议不具有规范性。从法律上讲，使用这类词汇的决议不赋予任何权利，也不施加任何义务；此类决议只列有建议或邀请，而不属于规范范畴。”)。

¹²¹ Tomka, 前注 26, 见第 198 页。另见国际法学会第十三委员会关于联合国大会决议的结论意见，可查阅 www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF, 结论 10(“决议语言和背景有助于确定其规范意图。提及国际法或等同用语，或故意略去国际法的作法有相关性，但其本身没有决定性”)；Boyle 和 Chinkin, 前注 62, 见第 225 页(“立法性决议或宣言不一定需要将权利或原则宣布为法律，但与条约一样，其措辞必须具有“根本的制定规范性，并因此可被视为形成一般法律规则的依据”(引自北海大陆架案))。

辞的选择(或规避)可能至关重要。决议所用的语言性质“可以说明会员国在该决议的法律重要性问题上的意图”。¹²²

49. 在这方面,通过所述决议的背景情形同样重要。特别是,包括通过决议时所采用的方法;投票数字(如适用);各国对其所持立场(例如,在就决议进行谈判时或在立场说明、投票解释或其他声明之中)提供的理由。显然,“支持程度是重要的。对于以协商一致或一致表决方式通过的决议,其权重必然高于仅有三分之二多数国家支持的决议。即使只有少数国家反对决议,如果这些国家是受到最直接影响的国家,则决议效力微乎其微”。¹²³

50. 无论如何,正如 Dame Rosalyn Higgins 所说,“必须注意不要将大会决议作为确定关于某事项的全部国际惯例的捷径——更广泛的世界舞台上的惯例仍是具有相关性的框架,当然联合国决议是其组成部分之一。决议不能代替对习惯进行确定:这项任务仍将要求审查关于国家惯例的其他证据以及大会决议体现的集体行为”。¹²⁴

51. 如果一项决议旨在宣布法律(而不是旨在推行一项新规则,尽管在实践中难以对二者进行区分¹²⁵),此类决议(即便称为“宣言”¹²⁶)并不构成确凿证据,

¹²² M. Prost, P. K. Clark, “Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?”, *Chinese Journal of International Law*, 5 (2006), pp. 341, 362.

¹²³ Boyle 和 Chinkin, 前注 62, 见第 226 页(补充道,“即使以协商一致方式通过的决议,如果附有大国对共识持有严重保留意见的声明,或只是掩盖其商定保留不同意见这一点而并不将事项付诸表决,那么该决议就不如初看上去那么重要”)。另见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 255 页,第 71 段(“本案中正在加以考虑的若干决议其获得通过时有大量反对票或弃权票;因此,尽管这些决议明确表明了对核武器问题的深切关注,但是它们仍不足以确定存在对使用此类武器非法性的法律确信”); Øberg, 前注 117, 见 900 至 901 页(因此获得绝对大多数的支持是至关重要的...而[同样]合理的是,实际参与某项活动的国家对如何管制该活动拥有很大发言权……通过决议的方式[也具有相关性]”); Akehurst, 前注 36, 第 6 至 7 页。

¹²⁴ Higgins, 前注 119。

¹²⁵ 另见 Øberg, 前注 117, 见第 896 页(“即便如此,在实践中也可能难以区分哪些只是解释性或宣称性的,哪些是真正创造性的”)。

¹²⁶ 另见联合国秘书长法律事务厅的备忘录, E/CN.4/L.610, 1962 年 4 月 2 日(联合国机关以决议形式通过‘宣言’或‘建议’。因此,仅凭称之为‘宣言’而非‘建议’,并不能象条约或公约对缔约方具有约束力那样,而对会员国具有约束力。但是鉴于‘宣言’更庄重和更重要,可认为其暗示,通过这一宣言的机关非常期望国际社会成员将予以遵守。因此,只要这一期望逐渐被国家惯例证明有理,有关宣言则可依习惯被视为制定了对各国具有约束力的规则”); E. Suy, “Innovation in International Law-Making Processes”, in R. St. John Macdonald et al. (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), at pp.187, 190(“大会的权力仅限于通过决议。而这些决议仅仅是对会员国不具法律约束力的建议。无论是一致通过还是经协商一致通过的庄严宣言,其地位没有不同,尽管其道义和政治影响将成为指导国家政策的一个重要因素。宣言中常常会提及现有的国际法规则。宣言并不创造,而只是重申和表示赞同这些规则。此类宣言中所载其他原则可能看起来是对法律规则的再次表述。但仅凭它们获得了通过这一点,并能赋予其任何具体的和自动的权力……因此,大会通过其庄严的宣言,能够为新规则的出现提供重要动力,尽管通过宣言本身并不能使其具备有约束力的规范性质”); 康克由, 别名“杜赫”案, 001/18-07-2007-ECCC/SC 号案件, 上诉判决, 柬埔寨法院特别法庭, 最高法院分庭(2012 年 2 月 3 日), 第 194 段(“1975 年《酷刑宣言》是一项不具约束力的大会决议,因而需要有进一步的证据,才能确定其中对酷刑的定义反映了相关时期的习惯国际法”)。

须仔细予以评估：第一，只有在某些情况下，如上文所建议的那样，各国对案文的同意才可以“被理解为接受决议所宣布的规则或一套规则的有效性”。¹²⁷ 第二，在国家惯例中，有关规则也须得到遵守。¹²⁸

52. 决议也可能“对习惯国际法的发展产生重大影响”。¹²⁹ 当一项决议推动了一项与其案文相符、被接受为法律的一般惯例发展时，便属这种情况；换言之，“决议提供一个让各国采取一致立场的案文，从而产生劝告效应，起到影响国家

¹²⁷ 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)，案情实质，判决书，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第100页，第188段(“对此类决议案文表示同意所具效力不能被理解为仅仅是‘重申和阐明’《宪章》所作对条约的承诺所具效力。相反，可被理解为它们自己接受决议宣布的规则或一套规则的有效性”)。另见第184页(法官Ago的个别意见)(“我感到必须……对一个观点提出质疑……即接受在联合国框架内或在美洲国家组织框架内，以及其他一场合起草的某些决议或宣言可被视为确凿证据，表明在有关国家之间已经存在了一个一致的法律意见，且其完全具备习惯国际法规则的效力”)；I. Detter, “The Effect of Resolutions of International Organizations”, in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International, 1996), pp.381, 387(“大会压倒性的表决结果可能表明存在一项法律规则，但不能成为确凿证据：对每一次情况的本身实质都须予以审查。如果在这些情况下这些建议反映了现有法律，那么当然在这些情况下的这些建议并不因自身的性质而具有约束力：它们具有约束力是因为依据了条约或习惯法中的义务渊源”)；Schachter, 前注57，见730页(“对于在联合国大会中支持宣布法律的决议……将根据采取这种行动的情况加以评估。而对宣布法律的决议投赞成票是否本身就构成了其相信该决议表达了一项法律规则的确凿证据，这还很值得商榷”。还可能涉及其他因素”)；Gaja, 前注55，见第40页(“一项宣布存在国际法某原则或规则的决议，可被视为表达了几乎所有(那些投票赞成或以协商一致方式接受该决议的)国家的一个法律确念。然而，若要对这一决议赋予如此多的权重，即认为其表达了法律确念，则仍应稍加犹豫，其理由之一是，如美国政府在解释其对关于不干涉的决议所投赞成票时表示的那样，决议往往被视为‘只有表述了政治意愿，而不是制定了法律’”)；*Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States*(1987)，§ 103, comment c(“国际组织一般没有制定法律的权力，其对法律的认定通常不具有特别的权重，但其宣告提供一些证据，表明哪些投赞成票的国家支持认为法律是什么。此类决议的证据价值各不相同。具有全世界普遍性的国际组织的决议，如不存在争议且若以协商一致方式或基本一致通过，则被赋予相当大的权重”)。

¹²⁸ 另见Bernhardt, 前注62，见第247、267页(“必须承认，若实际惯例与之不符，则口头宣言不能创立习惯规则”)；S.M. Schwebel, “United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law”, in A. Bos and H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), at pp.203, 210(“要具有宣称性，即是要反映整个国际社会的观念和惯例；而如果这么镜子破了，那么其中的映像也不可能完整无缺。不仅需要所有群体几乎一致同意或(最起码)意图明确的支持；而且还需要与各国的惯例相符，如此，在宣称一规则为现有法律时，才能准确反映实际情况。不拥有立法权力的大会不可能仅仅通过就此发表相关言论(甚至一致的并一再的言论)来制定或废除法律。聚集在大会中的各国只有在其于例外情形下有此意图时，才能宣布法律，而在如此行事时，它们依据的是法律所基于的国家惯例”)。

¹²⁹ Danilenko, 前注35，见第25页。

行为的作用”。¹³⁰ 同样,一项决议可巩固一个正在出现的新习惯国际法规则。¹³¹

53. 联合国大会有建议权,但其依此通过的决议不具有约束力。¹³² 如上文所述,这些决议很可能在习惯国际法规则的形成和识别过程中发挥重要作用;然而,这些决议自身不能创造,也不能因其存在的事实而创造习惯国际法。¹³³ 这不仅反

¹³⁰ Shaw, 前注 119, 见第 70 页。另见 *Supreme Court of El Salvador, Case No. 26-2006* (12 March 2007), p.14-15 (“国际宣言发挥着间接规范的职能,即提出一个不具约束力,但可取的行为建议。……宣言预告了一个各国必须遵守的法律确念(一种义务感),以期明确在中长期内的国际惯例……国际宣言,即使不具有约束力,也大大有助于形成具有约束力的国际法渊源,无论是通过预告某种国家惯例的约束性,还是通过促进缔结基于【此类宣言中所含的】某些建议的一项条约,均有帮助”); *German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, para.39* (“联合国大会 2001 年 12 月 12 日接受了该文件[国际法委员会编纂的关于国家责任的条款草案]。然而,这本身既不会导致因而适用习惯法,也不会导致出于另一原因而进行具有法律约束力的适用,而是可表明存在形成习惯法所必需的一项法律认识”); 请求根据 1974 年 12 月 20 日法院关于核试验(新西兰诉法国)案的判决书第 63 段审查情势,《1995 年国际法院案例汇编》,第 288 页、见第 406 页(法官杰弗里·帕尔默爵士的反对意见)(“可以肯定地说,〔斯德哥尔摩〕《联合国人类环境会议》宣言所述的一些原则在国家惯例中获得了广泛支持,且各国感到这些原则具有法律约束力,因而使得这些原则现在已经被纳入习惯国际法的框架之中”); 另见 *Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations*, available at <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 1, Conclusion 22 (“一项决议中宣称的原则和规则可对国家惯例产生影响,或引发一新的构成新习惯法一个成份的惯例。一项决议可有助于巩固国家惯例或形成共同法律确念”)。

¹³¹ 另见 Thirlway, 前注 27, 见第 70 页(“当然可以接受下列观点:一项大会决议可能有助于定型的过程,而且存在这样一项宣布或旨在宣布该法的决议将只需要相对较小的实际惯例证据来支持一个结论,即也所讨论的规则已被纳入一般习惯法。然而,必须强调的是,大会无法改变法律或制定新法律……认为大会决议创造了法律的看法是……不恰当的,除非在某些与《宪章》相关的特定领域”); *Institute of International Law's Conclusions of the Thirteenth Commission with respect to Resolutions of the General Assembly of the United Nations*, available at <http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF>, Conclusion 14(“如果一项习惯法规则正在国家惯例中开始出现或者对于一项规则(尽管一国际机构或一些国家已予以适用)构成法律规则这一点仍有怀疑,那么通过一项无反对票或弃权票的决议,则可以巩固一个习惯或消除可能存在的疑虑”)。

¹³² 联合国内部的预算和其他事项除外。另见,例如, S.M. Schwebel, “The Effect of Resolutions of the U. N. General Assembly on Customary International Law”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 73 (1979), p. 301(“虽是陈词滥调但同样真实的是,联合国大会没有立法权。一般而言,其决议对联合国会员国不具有约束力,在整个国际法上也不具约束力。基本上也只能如此。这不是一个世界议会……《宪章》中无任何字句表示大会有权制定或改变国际法”)。

¹³³ 但是,见西撒哈拉,咨询意见,《1975 年国际法院案例汇编》,第 12 页,见第 99 页(副院长 Ammoun 的个别意见)(“大会至少在四项决议中已确认了这一斗争[争取摆脱外国占领]的合法性……而这些决议已共同构成了一项习惯”); 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念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,并导致在这些国家中形成一项习惯国际法新规则。也没有理由认为会员国不能利用大会决议来‘确认’其新的共同的法律确念”); 国际法协会《伦敦原则声明》,第 61 页(“在非常例外的情况下,获得一致或几乎一致接受、且表明其支持者有明确意图要制定一项国际法规则的决议,仅凭其获得通过这一事实……便能够创造一般习惯法”); G. H. Lockwood, “Report on the Trial of Mercenaries: Luganda, Angola”, *Manitoba Law Journal*, 7 (1977), pp. 183, 195-197; R. Wolfrum, “Sources of International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), para. 43(“连续多次经协商一致通过或一致通过的大会决议可被视为国家惯例,从而确立新的国际习惯法”)。

映了《联合国宪章》的条款，而且也反映了一个基本要求，若一项(被接受为法律的)一般惯例满足了这一要求，则一项习惯国际法规则才会出现(或获得确定)：

“[对大会决议]至多可以说，压倒性的(或一致的)核准表示存在法律必要确信；但在没有任何伴随的惯例的情况下，这并不产生法律，而且在各国修改其国家政策和立法前，这样的惯例是不会产生的”。¹³⁴ 换言之，“决议自身没有任何法律效力，必须考虑各国是否确实普遍认为该决议表达了具有约束力的国际法规则，

¹³⁴ Suy, 前注 126, 见第 190 页。另见西南非洲, 第二阶段, 判决书, 《1966 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 169 至 170 页(法官 Van Wyk 的个别意见)(“申请人没有试图适用对在习惯法的形成方面的传统规则。相反, 申请人的论点提出了一个新主张, 即联合国机关拥有某种立法职权, 并能对持反对意见的少数群体具有约束力。而依照《宪章》的有关规定则可清楚地看出, 并不存在任何此种职权, 我认为, 对本法院规约第 38(1)(b)条进行标新立异但站不住脚的解释, 借以暗示存在这一职权, 是完全错误的”); T. Buergenthal, S. D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th edition (West Publishing, 2013), at p. 36(“各国如何投票以及他们在国际组织中作何表态构成国家惯例。其在立法过程中的重要性取决于该国家惯例在何种程度上与各国在其他场合的同时期行为及所作声明相一致”); Tomka, 前注 26, 见第 211 页(“决议自身没有任何法律效力, 必须考虑各国是否确实普遍认为该决议表达了具有约束力的国际法规则, 并由此认为国家依这一规则而采取的做法可说是由这一规则驱动的”); Öberg, 前注 117, 见第 904 页(“由于这些决议只为法律确信提供参考, 而习惯法的惯例要素在当前国际法院的判例中是非必要的, 因此这些决议没有任何实际和自动的实质效力。可以说, 其效力是为在缺失的要素具备后产生真正的实质效力而奠定基础”); P. de Visscher, “Observations sur les résolutions déclaratives de droit adoptées au sein de l’Assemblée générale des Nations Unies”, in *Festschrift für Rudolf Bindschedler* (Stämpfli, 1980) at pp. 173, 182(“可以确定的是这些决议的表决(即便是一致或连续多次通过)也不能构成作为任何习惯的主要要素的国家间惯例。然而, 在一项习惯的实际产生方面, 这些表决可构成主观要素, 即法律确信或对有关规范的法律性质的认定。在讨论一项正在出现的新习惯时, 通常会提及这一点。此外, 这样的表决也提供了一条有劝说性的证据, 以证明一项有争议的习惯是存在的”); A.M. Weisburd, “The International Court of Justice and the Concept of State Practice”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), pp. 295, 363(“除了国家及其代表知道大会决议不具有任何法律效力这一点外, 还有一个问题——一个逻辑问题……要使得投票赞成一项决议可以表明法律确信, 则该决议必须要求投票的国家承诺接受一点, 即无论该决议提出什么样的规定都具有法律约束力。但如果投票不具约束力, 便不清楚如何让该国家做出任何承诺”); M. Mendelson, “The International Court of Justice and the Sources of International Law”, in V. Lowe, M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press, 1996), at p. 87(“虽然主张认为在大会中作出声明或投票表决是一种(较弱)形式的惯例绝非毫无道理, 但把同一行动既当作惯例又当作法律确信, 则如已指出的那样, 似乎是一种重计, 这是不能允许的, 这不仅因为其与法院确定了习惯法两个独立要素这一点不符, 而且也因为其结果将是产生‘即时(习惯)法’。这不是《宪章》起草者的初衷, 而且即使如今, 各国一般也没有表现出对此欢迎的任何迹象”)。

并由此认为国家依这一规则而采取的做法可说是由这一规则驱动的”。¹³⁵ 连续多项决议重复作出的声明在这方面没有什么不同。¹³⁶

54. 提出下列结论草案，供列入新的第五部分：

结论草案 13

国际组织和会议的决议

在某些情况下，国际组织或国际会议上的决议可作为习惯国际法的证据或对其发展作出贡献；这些决议自身不构成习惯国际法。

五. 司法裁决和论著

55. 司法裁决和公法学家的学说(论著)是识别国际法规则的辅助手段(《国际法院规约》第 38.1(d)条)。因此，它们可能在所有国际法正式来源方面具有相关性，对于习惯国际法，尤其如此。¹³⁷

¹³⁵ Tomka, 前注 26, 见第 211 页(补充一点, 即“归根结底, 只有被接受为法律的‘一般惯例’才能构成习惯的渊源, 但若认定一国接受大会某一决议为规范, 则将是重要的证据, 暗示一致的惯例已被接受为法律”)。另见 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 & Sons, 1982), at pp. 10, 22(“决议的作用……仅是间接的。可以促发未来的惯例; 可以澄清或证实过去或目前的惯例; 是法律制定过程的一部分, 但本身不创造法律。要产生制订法律的效力或约束力, 则要有相关惯例且其须被接受为法律”); P-M. Dupuy, “Théorie des sources et coutume en droit international contemporain”, in *Le droit international dans un monde en mutation, Liber amicorum E. Jiménez de Aréchaga* (Fundación de cultura universitaria, 1994), at pp. 51, 67(“国家以某种方式对这些规则[大会宣言]的法律约束性表示同意, 始终是必要的, 可以是一项表示支持的正式声明, 一个可证明决议拟订者理念的惯例, 也可以是最终将被视作赞同的沉默”)。

¹³⁶ 另见 MacGibbon, 前注 135, 见第 17 页(“确实, 由于没有任何传统或习惯国际法规则赋予大会其目前缺乏的立法职权, 因此若试图赋予大会一项决议本身或一系列或连续多项此类决议(无论其数量多到何种程度)法律约束力, 则注定会失败。一项建议并不因其得到重申或重提(无论多少次)便转化为法律义务……仅凭重复不会导致一项决议的法律性质发生神奇的变化”); 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 532 页(法官威拉曼特里的反对意见)(“国际社会主要代表机关即大会的宣言本身或许不构成法律, 但若在一系列决议中经常且明确地……得到重复, 则成为一个重要因素, 可强化……关于根据习惯国际法[某一规定是否合法]的观点”); 核试验(澳大利亚诉法国), 判决书, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 253 页, 见第 435 至 436 页(法官 Barwick 的反对意见)(“……也许……联合国有关决议和国际舆论的其他表现形式, 无论如何频繁和强烈, 都不足以据以认为, 习惯法现在赞同禁止核武器试验”)。但是, 见西南非洲, 第二阶段, 判决书, 《1966 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 292 页(法官田中的反对意见)(“当然, 我们不能承认单个的决议、宣言、判决和决定等等对该组织成员具有约束力。习惯国际法所需的条件是同样的做法反复发生; 因此, 在这种情况下, 关于这同一问题的决议、宣言等等在同一组织或不同组织中必须反复出现”)。

¹³⁷ 关于第 38.1(c)条所指的一般法律原则, 见《国际法院规约》。这些是与习惯国际法迥然不同的法律渊源, 因而超出了本专题的范围。当伴有惯例和法律确念时, 它们可能定型为习惯国际法规则(H. Waldock: “国际法中承认的国内法一般原则往往定型为习惯法”(前注 33, 见第 39、62 页))。因此它们可以被看作是一个“短暂的渊源”, 因为它们一再在国际一级得到使用, 因而可能使其转变为习惯国际法规则: A. Pellet, “L’adaptation du droit international aux besoins changeant de la société internationale”, 329 *Recueil des cours*(2007), p. 26。

56. 《国际法院规约》的第 38.1(d)条规定：

“1. 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

.....

“d. 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，作为识别法律原则之补助资料者。”

57. 秘书处备忘录中强调了司法裁决和公法专家论著对于识别习惯国际法规则的实际重要性，其中指出“国际法委员会在分析习惯国际法时多次考虑了司法声明和公法专家的论著。”¹³⁸ 备忘录包括五个涉及这些事项的‘意见’，并举例说明。¹³⁹

A. 司法裁决¹⁴⁰

58. 国内法院的裁决¹⁴¹ 对于习惯国际法可以发挥双重作用：这是国家惯例，¹⁴²

¹³⁸ 秘书处备忘录，第 30 段。

¹³⁹ 同上，第 30 至 33 段。意见 1 和 15 至 18 如下：

- “为确认某项习惯国际法规则的存在，委员会往往结合国际上的法院及法庭的裁决和公法专家的论著，对国家一般惯例的所有可用证据，以及各国的态度或立场展开调查。”
- “委员会有时会依据国际上的法院或法庭的裁决作为对某项习惯国际法规则的地位的权威性说明。”
- “此外，委员会经常依据司法声明作为支持某项习惯国际法规则的存在或不存在的考虑因素。”
- “委员会有时还依据国际上的法院或法庭的判决，包括仲裁裁决，作为用于确认相关国家惯例的次要材料来源。”
- “委员会在确认习惯国际法规则时经常考虑到法学家的论著和意见。”

¹⁴⁰ 见 H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), p. 65; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 2nd edition (Stevens, 1958, reprinted Grotius, 1982, Cambridge University Press, 1996); C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester University Press, 1965), pp. 91-103; R. Jennings, “The Judiciary, National and International, and the Development of International Law”, 102 *International Law Reports*, pp. ix-xiii; R. Jennings “Reflections on the Subsidiary Means for the Determination of Rules of Law”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica Napoli, 2004), at pp. 319-338; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, 9th edition, Vol. 1 (Longman, 1992), at pp. 41-42; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), at pp. 1552-1558; P. Daillier, M. Forteau, and A. Pellet, *Droit International Public*, 8th edition (L.G.D.J., 2009), paras. 259-260; Pellet, 前注 20, 见旁注 306 至 334; Crawford, 前注 20, 见第 37 至 42 页; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty years of jurisprudence* (Oxford University Press, 2013), at pp. 247-252, 1206-1210; M. Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 18th edition (tecnos, 2013), at pp. 127-131; Shaw, 前注 22, 见第 78 至 80 页。

¹⁴¹ 在这个背景下，“裁决”这一术语包括附带程序中的咨询意见和命令。虽然国际上的法院和法庭往往是国际组织所属机关，但其决定更宜被视为确定法律规则的辅助手段，而不是该组织贡献的“惯例”。

¹⁴² A/CN.4/672, 前注 6, 第 41(e)段。另见 A. Gattini, “Le rôle du juge international et du juge national et la coutume internationale”, in D. Alland et al. (eds.), *Unité et diversité du droit international: é crits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy* (Martinus Nijhoff, 2014), at pp. 253-273.

也是识别习惯国际法规则的一种手段。¹⁴³ 作为后者，对这些裁决必须特别慎重对待，因为“国内法院看待国际法的方式不同于国际法院”。¹⁴⁴

59. 虽然国际法院和法庭关于习惯国际法规则的存在及其内容的裁决不是“惯例”，但这些裁决“作为识别法律规则的辅助手段”发挥重要作用。¹⁴⁵

60. 在国际法中没有服从前例的原则。¹⁴⁶ 国际上的法院和法庭所作裁决不能说是识别习惯国际法规则的金科玉律。其权重取决于论据的质量、法院或法庭的组成，以及这些裁决获多大的多数通过。此外，必须牢记，自特定裁决做出之日以来，习惯国际法可能已经有了发展。¹⁴⁷ 尽管如此，司法裁决、特别是国际法院

¹⁴³ 虽然这一点有时受到质疑，但很难理解为什么经常出现国际法问题的国内法院的裁决应当被排除在第 38.1(d)条中的“司法判例”一词之外。没有理由假定这一结果是《规约》起草人的本意。

¹⁴⁴ C.Greenwood, ‘The Contribution of National Courts to the Development of International Law’, Annual Grotius Lecture, 4 February 2014, 其摘要可在下列网址查阅: <http://www.biicl.org/documents/159_annual_grotius_lecture_2014_summary.pdf>。关于国内法院的两个最近研究，见 A. Reinisch, P. Bachmayer, ‘The Identification of Customary International Law by Austrian Courts’, 网址:<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289788>; A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (Dalloz, 2015)。

¹⁴⁵ A/CN.4/672, 前注 6, 第 46 段; 但是, 见 Bernhardt, 前注 62, 见第 270 页(“众所周知,《国际法院规约》第 38 条中提到司法裁决是国际法的渊源之一,但仅仅是‘作为确定法律原则之补助资料者’。这一公式低估了国际法院在确立规范进程中的决定作用。其阐述令人信服的判决往往对规范形成进程具有重要影响力,即便理论上法院适用现行法律而不创造新法律”)。无论如何,国际上的法院和法庭的裁决和论著也可作为识别国家惯例的二手资料:见秘书处备忘录,意见 17 和第 33 段。另见 J. A. Barberis, “Réflexions sur la coutume internationale”, *Annuaire Français de Droit International*, 36 (1990), pp. 9, 22 (“习惯法也可通过国际法庭的判决创立。因此,有人认为,有一条规则是“国际仲裁判例普遍承认的原则”,即若一当事方的违法行为使另一当事方无法履行其义务或诉诸司法救济,则前者不得以后者未履行义务或未诉诸司法救济这一点而向后者发难。仲裁程序所依据的主要规则是由仲裁法庭的惯例确立的。从这个意义上讲,其首先包含的一个规范是,每一法官都是本着自身的管辖权来判案的。这一规范通常被称为“因管辖权而定的管辖规则”,其源于仲裁裁决.....规定法庭有权颁行保护性措施的规则是由国际司法判例确立的,现已属于习惯法一部分。同样,某些解释规则也有同样的渊源,例如,“有效性规则便是如此”)。

¹⁴⁶ G. Acquaviva, F. Pocar, “Stare decisis”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2007)。

¹⁴⁷ 另见 J.A.Green, *The international Court of Justice and Self-Defence in international law* (Hart, 2009), p.25 (“存在这样一种危险,即国家和学者将[国际上的法院和法庭的]裁决视为国际法的一种表达,而实际上任何裁决至多不过代表了该法的一个“定格”)。

和国际海洋法法庭等特别法庭的裁决，往往被视为权威。¹⁴⁸ 某些仲裁裁决也具有权威性。¹⁴⁹

61. 依赖司法裁决识别习惯国际法规则的例子比比皆是。国际法院经常依靠自身或其前身——常设国际法院——以往的裁决。事实上，它似乎很不愿意背离其先前的裁决。

B. 论著¹⁵⁰

62. 人们有时提出，论著对于过去几个世纪国际法的系统化甚至发展具有特别重要的意义。¹⁵¹ 人们现在认为其作用或许不再那么突出，但是，依其质量而定，论著仍然是识别习惯国际法规则的一个有用的资料和分析参考。

63. 人们经常援引的法官 Gray 先生在 *Paquete Habana* 案中的话极好地总结了“各国权威最高之公法学家学说”¹⁵² 作为识别法律原则之补助资料的作用：“司法

¹⁴⁸ 另见 J. Crawford, ‘The Identification and Development of Customary International Law’, Keynote speech at the Spring Conference of the ILA British Branch, 23 May 2014(“即使法院的裁决仅对当事各方具有约束力，并仅仅是‘确定法律规则的辅助手段’，但实际上它们却被视为‘国际法现状的权威性声明’。这一点明显体现在国家惯例对法院就习惯国际法所做裁决的回应。在尼加拉瓜案之后，1949 年《日内瓦四公约》的共同第 1 条和第 3 条的习惯法性质‘现在被视为理所当然，几乎从未受到质疑’。从法院对其他国际上的法院和法庭施加的影响中，这一点也清晰可见”(引文从略))。

¹⁴⁹ 有各种仲裁裁决合集，尤其是联合国重要出版物《国际仲裁裁决汇编》。

¹⁵⁰ 见 G.Schwarzenberger, “The Province of Doctrine of International Law”, in G. W. Keeton, G. Schwarzenberger (eds.), *Current Legal Problems* (Stevens, 1956), at pp. 235 – 65; François, “L’ influence des publicistes sur le développement du droit international”, in *Mélanges en l’ honneur de Gilbert Gidel* (Sirey, 1961), at pp. 275-281; Parry, 前注 140, 见第 103 至 108 页; E. Münch, “Zur Aufgabe der Lehre im Völkerrecht”, in *Université Genève et Institut de Hautes Études Internationales Genève, Recueil d’ études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Imprimerie de La Tribune Genève, 1968), at pp. 490–507; M. Lachs, “Teachings and Teaching of International Law”, 151 *Recueil des cours* (1976), pp.161-252; A.Oraison, “Réflexions sur la “doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations” : Flux et reflux des forces doctrinales académiques et finalisées”, *RBDI*, 24(1991), pp. 507 – 80; Rosenne, 前注 140, 见第 1558 至 156 页; Pellet, 前注 20, 见旁注 335 至 339; M. Wood, “Teachings of the Most Highly Qualified Publicists (Art.38(1) ICJ Statute)”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010); Daillier、Forteau 和 Pellet, 前注 140, 见第 256 至 258 段; M.Diez de Velasco, 前注 140, 见第 131 页; Thirlway, 前注 18, 见第 126 至 128 页; Shaw, 前注 22, 见第 80 至 81 页。

¹⁵¹ Greig 提出, “在任何丰富的国家惯例和司法先例存在之前，国际法领域的作者占据了首要地位”: D.W.Greig, *International Law* (Butterworth, 1970), at p.40。

¹⁵² 常简称为‘论著’或‘文献’(法文称 *doctrine*)。

法庭求助于这些著作，不是为了了解其作者关于法律应当是什么的猜测，而是为了求得关于法律实际上是什么的可靠证据。”¹⁵³

64. 必须考虑作者的意见，同时铭记各种因素，例如他们在何种程度上力求反映特定国家或国家集团的立场，他们采取了哪种方法来识别习惯国际法，以及他们是否试图宣扬一种观点或试图拟订新法律规则的提议。¹⁵⁴

65. 在各种著作中，论著集可能特别受重视，尤其是国际法委员会的工作产生的案文和评注，¹⁵⁵ 国际法学会和国际法协会等私人机构的论著也特别受重视。然而，如同所有论著一样，必须区分那些旨在反映现行法律(已编纂的法律，或现行法)的著作以及那些提出逐渐发展(拟议法)的著作，尽管这样做有时并非易事。正如有人在论及国际法委员会关于国际组织责任的条款所说的那样，“法院和其他人在对待这些条款时应……考虑周全。他们在确定草案内特定条款的地位时应……权衡证据。”¹⁵⁶

66. 在国际法院判例法中，明确依赖个别作者著作(而不是国际法委员会和某些其他集体著作)的例子仍非常罕见。¹⁵⁷ 这并不一定意味着此类著作不重要，而

¹⁵³ *The Paquete Habana and The Lola*, US Supreme Court [8 January 1900] 175 US 677 at 700. 首席法官 Fuller 表示异议，在提及法律专著作时，提醒说，“他们的著作或许很有说服力，但却没有权威性”(720)。

¹⁵⁴ R.Jennings, 前注 140, 见第 328 至 329 页。(“原则的这些渊源和其他渊源在特定案例中或许可以, 也或许不可以澄清它们是否正在处理现行法还是拟议法……创立这些原则的压力集团通常会认为, 模糊二者的区别并将其建议乔装打扮成现行法律对其有利……”)。另见 J. Kammerhofer, “Law-Making by Scholars”, in C.Brömann and Y. Radi(eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law - Making*(Edward Elgar, 2015, 即将出版), 网址: <SSRN:http://ssrn.com/abstract=2182547>。

¹⁵⁵ 实例包括, 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)案在强制法方面提及了国际法委员会关于条约法的工作(见第 190 段); 加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案依据了关于国家责任的条款草案的一读(见第 50 段)。最近, 国际法院多次提及国家对国际不法行为的责任条款最后草案, 例如在其 2005 年 12 月 19 日对刚果境内的武装活动(刚果民主共和国刚果民主共和国诉乌干达)案的判决(见第 160 段)中, 法院提及 2001 年条款的第 4、5 和 8 条。在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案, 判决书, 《2007 年国际法院案例汇编》, 第 43 页, 法院大量援引了国际法委员会关于国家责任的条款。另见 Tomka, 前注 26, 见第 202 页(“国际法委员会的编纂已被证明[对于法院确定一项习惯国际法规则是否存在]非常宝贵, 主要原因是国际法委员会利用的程序巨细靡遗……”)。

¹⁵⁶ M.Wood, “Weighing the articles on responsibility of international organizations”, in M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations. Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp.55, 66。

¹⁵⁷ M. Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 1(2012), p.136。

事实上，它们也常常出现在个别意见或反对意见中，以及其他国际上的法院和法庭以及国内法院的裁决中。¹⁵⁸

67. 提出将下列结论草案，供列入新的第五部分：

结论草案 14

司法裁决和司法论著

司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。

六. 国际组织的相关性

68. 第二次报告指出，国际组织的惯例也可与识别习惯国际法有关。¹⁵⁹ 国际法委员会内部多半支持这一点，¹⁶⁰ 但是这一作用的特殊性引起了各种问题。¹⁶¹ 起草委员会 2014 年暂时通过的结论草案 4[5]第 2 段规定：

¹⁵⁸ 例如，见 *Yong Vui Kong v. Public Prosecutor*, [2010] 3 S.L.R. 489 [2010] SGCA 20 (Supreme Court of Singapore-Court of Appeal, 14 May 2010), paras. 95, 98; German Constitutional Court, Order of the Second Senate of 8 May 2007, 2 BvM 1-5/03, 1, 2/06, paras. 64-65; *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), paras. 25-29; 检察官诉 Ntakirutimana 案, ICTR-96-10-A 号和 ICTR-96-17-A 号案件, 判决书(上诉分庭), 卢旺达问题国际刑事法庭, 第 518 段; 柬埔寨法院特别法庭预审庭, 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 61 段(在这一问题上, 也提及前南问题国际法庭此前审理的案件); 检察官诉德拉利奇案, IT-96-21-T 号案件, 判决书(前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭), 1998 年 11 月 16 日, 第 342 段; 康克由, 别名“杜赫”案, 001/18-07-2007-ECCC/SC 号案件, 上诉判决, 柬埔寨法院特别法庭, 最高法院分庭(2012 年 2 月 3 日), 第 114 至 116 段; 检察官诉沙伊诺维奇等人案, IT-05-87-A 号案件, 判决书(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭), 2014 年 1 月 23 日, 第 1647 段(及其中的援引); 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003 (German Federal Constitutional Court), para. 47; 国家对“区域”内活动的责任和义务, 咨询意见, 2011 年 2 月 1 日, 《2011 年海洋法法庭案例汇编》, 第 169 段。

¹⁵⁹ A/CN.4/672, 第 43 至 44 段。第二次报告建议, (为结论草案目的), 将“国际组织”一词界定为“政府间组织”。但是, 2014 年, 起草委员会认为, 在审议本报告之前, 在各种可能的定义中作出选择可能为时尚早。特别报告员的意图是, 结论草案中的“国际组织”一词应指具有国际法律人格、其成员主要是国家或其他国际组织的那些组织。特别报告员认为, 目前没有必要在结论草案中作出定义, 但前提是在评注中加以解释。起草委员会不妨进一步审议此事项。

¹⁶⁰ 国际法委员会已于 1950 年确认, “国际组织累积惯例的记录可被视为国家与组织关系方面习惯国际法的证据”(“使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”, 《国际法委员会关于第二届会议的报告》(A/CN.4/34), 《国际法委员会年鉴》, 1950 年, 第二卷, 第 372 页, 第 78 段); 另见秘书处备忘录, 意见 13(“在某些情况下, 委员会依据国际组织的惯例来确认某项习惯国际法规则的存在。这类依据与国际组织惯例的各个方面相关, 例如其对外关系、其职能的行使, 以及其机构就国际关系的具体情况或一般性事项所采取的立场”)。

¹⁶¹ 例如, 见 Murphy 先生的发言: 简要记录 A/CN.4/SR.3224(2014 年 7 月 16 日)。如果想此后对所提出一些问题进行的思考, 见 M. Wood, “International Organizations and Customary International Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 48(2015)。

“在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。”

起草委员会主席报告中的一个脚注指出，国际法委员会 2015 年届会期间，将在考虑到本报告对国际组织惯例这一问题所作分析的情况下，再次审议结论草案 4[5]。同样，结论草案 6[7]的一个脚注也指出“将在今后审查国际组织惯例的形式”。¹⁶²

69. 国际法委员会最近曾提及国家与国际组织之间的区别。国际法委员会在其对 2011 年国际组织责任条款的一般性评注中指出：

“国际组织与国家相当不同，此外国际组织相互之间也有很大的差别。与国家相对的是，国际组织不具有一般性权能，其建立是为了行使专门的职能（“专门性原则”）。各国际组织在下列方面相互之间有很大的不同：在其权力和职能、成员国数目、该组织与成员的关系、辩论程序、结构和设施以及国际组织受其约束的主要规则包括条约义务等。”¹⁶³

70. 国家仍是国际法的基本主体，而且如第二次报告所述，主要是国家惯例促进了习惯国际法规则的形成和表述。¹⁶⁴（大多数情况下），设立并控制国际组织，并赋予其权能，以便使其以独立国际法人资格为实现成员的某些共同目标在国际上履行各种职能的也是国家。¹⁶⁵ 因此，一般而言，“将[一些国际组织可能有]

¹⁶² 另见《起草委员会主席的临时报告》，2014 年 8 月 7 日，第 9 至 10 页。

¹⁶³ 国际组织责任条款草案，总评注，第 7 段（《2011 年国际法委员会报告》，A/66/10，第 88 段），转载于 M. Ragazzi (ed.), *The Responsibility of International Organizations: Essays in Memory of Sir Ian Brownlie* (Martinus Nijhoff, 2013), at pp. 449-451。

¹⁶⁴ A/CN.4/672，第 43 段。

¹⁶⁵ 另见 L. Hannikainen, “The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law”, *Baltic Yearbook of International Law*, 6(2006), pp.125, 130(国际组织的重要性日益增加，并不意味着它们已超越国家或构成对国家主权的重大挑战。国家依然是国际舞台上的主要行为体；作为国际组织的创立者和成员，国家能够控制由其创建的这些机构——甚至解散这些机构。同时，应牢记的是，各国有意赋予国际组织各种权力，甚至赋予某些国际组织超国家的权力……)；A.Roberts, S. Sivakumaran, “Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law”, *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), pp.107, 117-118(从规范角度而言，国家赋予权力的机构是由国家创建并赋予权力的，因此有理由说，这些机构行使的任何立法权源于国家同意。此外，在最初下放立法权之后，国家保留了各种正式和非正式的权力，以便在国家赋予权力的机构在立法工作中有越权行为时对其进行制裁……因此，国家赋予权力的机构在立法方面发挥的任何作用取决于国家最初的同意，而且至少在一定程度上也需要继续获得国家同意”); C.Parry, 前注 140，见第 8 至 9 页(“如果说在国际组织的运作中可以发现国际立法成分的话，那么热衷于此架构的人最好记住，这些组织创建的理论基础是国家授权”)。国家(即包括各组织的成员，也包括其非成员)也可反对国际组织的行为：例如，见 D.Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers* (Oxford University Press, 2005), at p.116(“一国坚持反对某组织内行使所获授权的方式，可能恰恰是希望借此防止该组织的行为可能在今后产生约束国家的习惯规则，从而限制国家在该组织外单方面行使权力”); J.E. Alvarez, *International Organization as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005), at p.593。

的此种规范性权力等同于真正的自主立法权，似乎为时过早”；¹⁶⁶ 与此同时，鉴于实际上“任何法律制度中的法律主体就其性质或其权利的范围而言未必相同，而其性质取决于其所属共同体的需要”，¹⁶⁷ 因此，国际组织行使职能当然可与识别习惯国际法具有相关性。在 2014 年第六委员会辩论期间，这一一般性的认识获得了极大支持。¹⁶⁸

71. 首先，应作两种区分。第一，而且至关重要，我们必须区分国际组织内各国的惯例与国际组织自身的惯例。虽然此种区分可能并非总是易事(某组织的相关机构由国家组成时，尤其如此)，¹⁶⁹ 尽管文献中通常没有明确表述，但原

¹⁶⁶ Prost 和 Clark，前注 122，见第 354、367 至 368 页(补充说，[就本次讨论的问题而言中，决定因素是该组织是否能够表达真正自主的意愿，即不止是其成员意愿总和的意愿，以及这种独立意愿是否对其成员国有约束力……在这个问题上，仍然存在……广泛的争论……在国际法律界发展的现阶段，国际组织在很大程度上仍然无法建立真正脱离主权国家的权力。事实上，机构逻辑从未超越国家逻辑。相反，机构是预先假定、反映并在某种程度上放大了国家系统”(引文从略)。另见 J.Klabbers，“International Organizations in the Formation of Customary International Law”，in E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), pp.179, 183(“为了有意义地说明国际组织在形成习惯国际法方面的作用，需要了解组织及其成员之间的关系。另一方面，那些认为各组织仅是其成员国工具的人基本可以接受[国际组织]机构的行为在某种程度上可被视为国家行为的想法。另一方面，那些坚持组织独立身份的人可能不太容易倾向于认为组织行为即是国家行为”)。

¹⁶⁷ 对执行联合国职务时所受损害的赔偿，咨询意见，《1949 年常设国际法院案例汇编》，174 页，178 段。

¹⁶⁸ 例如，见代表奥地利、法国、希腊、伊朗伊斯兰共和国(“就其反映国家惯例的方面而言”对识别习惯国际法具有相关性的国际组织)、牙买加、大韩民国、荷兰、北欧国家、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、西班牙、特立尼达和多巴哥和美国(“在某些特定情况下”)的发言(见简要记录；也可在线查阅联合国节纸门户网站上的逐字记录<<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>)。

¹⁶⁹ 如 Jacobsson 女士指出，“有时，可能[]在其参与方面难以区分[国家和国际组织]”(简要记录 A/CN.4/SR.3226(2014 年 7 月 17 日)。另见 Akehurst，前注 36，见第 11 页(“……国际组织的惯例也可创立习惯法规则。的确，大多数国际组织的大多数机构由国家代表组成，最好将其惯例视为国家惯例。但是，非由国家代表组成的机构，例如联合国秘书处的惯例也可创立习惯法规则……人们也不应忽视联合国秘书处的法律意见”)；R.A. Wessel, S. Blockmans, “The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union”, College of Europe, Department of European Legal Studies Research Paper in Law 01/2014(“国际组织的一个重要职能是揭示国家惯例(和法律确信)，从而使习惯法以迅速创立，但人们必须始终意识到国家惯例和国际组织惯例之间的区别”)；D.M. DeBartolo, “Identifying International Organizations’ Contributions to Custom”, *AJIL Unbound*, 23 December 2014, 网址:<<http://www.asil.org/blogs/identifying-international-organizations%E2%80%99-contributions-custom>>(“尽管此种[例如，与国际组织决议有关的]行为发生在国际组织这样一个论坛，但是此种行为是由国家官员(通常是国家代表团或常驻国际组织使团的成员)实施的国家行为，因此，其构成的是国家惯例，而非国际组织惯例)；J.E. Alvarez, “International Organizations: Then and Now”, *American Journal of International Law*, 100 (2006), pp. 324, 333(“尽管有些人可能希望将其描述为仅仅是立法行动的‘场所’，国际组织……就一切实用目的而言，是一种新的立法行为体，在一定程度上独立于设立这些组织的国家”)；I. Johnstone, “Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations”, *George Washington International Law Review*, 40 (2008), p.87(“鉴于国际组织在开展[]实践方面独立行事，其立法程序是脱离国家同意的一个步骤”)；J. Wouters, P. De Man, “International Organizations as Law-Makers”, in J. Klabbers and Å. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar, 2011), at p. 208。

则上，不应该把作为独立的国际法人的国际组织的惯例当作国家本身(“成员代表，即获得各自政府授权，接受政府指令并履行政府责任者”)的惯例。¹⁷⁰ 同第二次报告一样，本报告论述的基础是，认定国际组织内各国的惯例将酌情归于国家自身。¹⁷¹

72. 第二，应该区分以下两方面：一方面是涉及组织内部运作的组织行为(通常称为“组织惯例”，或“组织已确立的惯例”——见 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》以及 2011 年关于国际组织责任的条款中“组织的规则”的定义)，另一方面是涉及该组织与各国、国际组织和其他方面关系的行为(外部惯例)。在某些情况下，前者可能产生“由该组织形成的、且仅适用于该组织的一种该组织的习惯法”，¹⁷² 但原则上，与形成和识别习惯国际法有相关性的可能是后一种情况。¹⁷³

¹⁷⁰ 引自：《洛桑条约》第 3 条第 2 款，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 12(1925)号，第 29 页(在不同背景下，讨论国际联盟理事会的组成)。

¹⁷¹ 另见 Treves，前注 54，见第 50 段。(“作为国际法主体，政府间组织参与习惯程序的方式与国家相同。但是，认定和评估这种参与及其相关性必须特别谨慎：第一，因为组织职权的范围有限，第二，因为可能更宜将这种惯例的许多表现形式，如联合国大会决议，视为所涉国家的惯例而不是组织的惯例”)。

¹⁷² C. Peters, “Subsequent Practice and Established Practice of International Organizations: Two Sides of the Same Coin?”, *Goettingen Journal of International Law*, 3(2011), pp. 617, 630-631(但却补充说，“然而并非完全那样简单，因为与此同时，惯例原因其源自组织而有一个特点：它在很大程度上以组织的次级法律、具有约束力的决议和机构决定为依据”)。这种习惯法将主要包括“涉及组织各机关之间的关系以及组织与其工作人员之间关系的规则”(Wolfke，前注 28，见第 80 页)。此种“习惯”超出了本专题的范围。

¹⁷³ 例如，另见 Pellet，前注 20，见第 816 至 817 页(“……[国际]组织自身的惯例也可以在确定实质要素的存在方面发挥至关重要的作用。但是，在这方面，必须区分两种情况：一是在相关组织的“准据法”内产生习惯规则的内部且纯机构性的惯例，二是组织对形成适用于组织框架之外的习惯法一般规则的贡献(引文从略)；Barberis，前注 145，见第 33 页(关于国际组织的惯例，必须区分其机构在内部进行的以及与该组织内部法律秩序有关的活动和其在国际上开展的活动。在组织内部进行的活动可产生与该组织内部法律秩序有关的习惯规则……但是，一组织在国际上形成的惯例则可产生习惯国际规则”)。有一种不同的概念认为，目前“国际组织的大多数决定产生内部和外部的规范性影响……[而且]内部和外部立法之间的界限正在消失”，详见 Wouters and De Man，前注 169，见第 194 页。秘书处备忘录指出，“委员会有时提及某个国际组织的惯例发展成为该组织特有的习惯的可能性。这类习惯可能与该组织职能或活动的各方面相关，如某个国际组织的缔约能力或适用于该组织内通过的条约的那些规则”(意见 14)。

73. 由于存在各种不同的国际组织，在评估各组织的惯例及其应有权重时应特别谨慎。¹⁷⁴ 例如，一个组织的成员国越多，¹⁷⁵ 或者该组织的惯例(以某种方式)得到成员国明确认可的程度越高，该惯例的权重可能就越大。这些因素反映了国家在习惯程序中的核心地位。

74. 与国际组织有关的惯例可能会以各种不同方式出现，有时可能难以明确区分。首先，国际组织的行为可能反映其成员国的惯例和信念。¹⁷⁶ 如上文第四节所述，由国家组成的机构所通过的决议反映机构成员国所表达的观点及其表决结果，因此这些决议可能构成国家惯例或证明法律确信。¹⁷⁷ 同样，国际组织通过的政策和采取的行动往往经过了成员国的缜密考虑和(或)认可。

75. 第二，国际组织的行为可起到催生国家惯例的作用。从本质上看，国际组织在国际层面的工作可能会促使国家作出反应，这种反应可能构成惯例或证明其法

¹⁷⁴ 在第六委员会 2014 年的辩论中，马来西亚提出，“由于国际组织的成员情况和结构不同，不应假定任何国际组织的作为或不作为均可代表成员国的一般惯例，成为确立习惯国际法的依据”；新加坡也指出，“在评估国际组织作为或不作为的相关性时需要相当谨慎。国际组织的组织结构、任务、决策机构的组成和决策程序有很大差异，所有这些因素都影响到国际组织在习惯国际法形成方面或有的作用”(发言载于联合国节纸型门户网站<http://www.un.org/en/ga/sixth/>)。另见 Wouters 和 De Man，前注 169，见第 190、208 页(“国际组织的行动是否可归属于整个国家群体，这是一个复杂的问题，答案取决于各种不同因素，特别是组织的性质(是政治性还是技术性)、成员资格的包容性(是全世界普遍范围还是区域有限范围)、通过某项措施的相关机构的组成(是全体还是部分)以及所采取的决策方法(是协商一致还是多数方式)”)。

¹⁷⁵ 对各方面的全面论述见 Cahin，前注 111。另见 K.Skubiszewski，“Forms of Participation of International Organizations in the Lawmaking Processes”，*International Organization*，8(1964)，pp.790，791(“国际习惯因国家和国际组织特别是全球性国际组织的惯例而变化发展”)；I.Gunning，“Modernizing Customary International Law: The Challenge of Human Rights”，*Virginia Journal of International Law*，31(1991)，pp.211，225(“国家数目越多，支持该机构并向其授权的国家代表性越广泛，就越有理由认为，该机构的行动产生习惯法”)；C. H. Alexandrowicz，*The Law Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations*(Angus and Robertson，1973)，at p.98(“[联合国]各[专门]机构大多数为全球性质，因此是产生为全世界所接受的习惯法规则的适当论坛”)。

¹⁷⁶ Crawford 写道，“国际组织的活动并未列为《国际法院规约》第 38 条所载的国际法渊源。但这些活动完全可以促进国际法的发展。这主要是因为国际组织有能力对成员国的惯例作出集体表述”(Crawford，前注 20，见第 192 页)。另见 Gunning，前注 175，见第 222 页(“关于国际组织应该影响习惯的论点是以国际组织的惯例……构成集体国家行动为前提”)。

¹⁷⁷ 另见 Prost 和 Clark，前注 122，见第 360 页(“无论决议在当代习惯过程中有多重要，国际组织是否真正具有法律权威，仍值得怀疑。在某种习惯的宣告、定型和“即时”萌发过程中，国际组织的自主性其实主要是形式上的，而制定法律的权力——真正的实质性法律权威——往往仍在会员国手中。同样，这绝非否认国际组织在引导和示范国家权力方面发挥的作用。然而，当这些决议被视为全部或部分构成习惯法时，其中仍然基本上保留了国家间的互动因素，而国际组织的自主性一般受到其背后成员国的永久作用的限制”)；Klabbers，前注 166，见第 188 页(在习惯国际法的形成和国际法禁止使用武力方面，可能便于援引的主要案例是尼加拉瓜案，国际法院在该案中坚持认为，国际组织的活动和国际会议的成果归根结底是国家所为”)。

律意见。¹⁷⁸ 例如，国际组织提出草案供各国辩论，或开展各国作出反应的活动，就属于这种情况。同样，国际组织机构编写或核可的报告或以其名义所作的发言常常引起各国的反应。呼吁各国采取行动，即通过国家立法或采取其他国内措施的决议也可能会导致国家惯例。

76. 第三，国际组织有关自身或一般国际组织的国际行为的惯例可以作为在习惯国际法的形成和识别方面具有相关性的惯例。¹⁷⁹ 在很大程度上，这方面“最好

¹⁷⁸ 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，《1996年国际法院案例汇编》，第226页，见第258页，第81段（“安全理事会一致核准”联合国秘书长的报告）。另见 Cassese，前注29，见第193页（“……联合国鼓励各国就其经常被要求评论的问题提出自己的看法。这也可确保收集各种不易通过其他途径获得的意见”）；Charney，前注52，见第543至544页；D. Vignes，*“The Impact of International Organizations on the Development and Application of Public International Law”*，in R. St. John Macdonald, D.M. Johnston(eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 809, 829; Hannikainen，前注165，见第140页（“决议并不是国际组织建立习惯规范的唯一重要活动形式。很多国际机构与各国进行对话，目的是说服各国采取某些良好做法或行为方式。强大的国际机构可能不仅限于说服，还会采取对成员国施压的形式”）；L.-C. Chen，*An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*，2nd edition (Yale University Press, 2000)，346（“人们还有久未消除的迷思，认为这些[国际政府性]组织很少享有直接的统一管辖权，但恰恰相反的是，这些组织作为开展明确交流与合作行动的论坛，能提出人们对于权威性群体政策的期望，它们在这方面发挥的作用越来越重要。联合国及其附属机构尤为如此”）。

¹⁷⁹ 另见 German Federal Constitutional Court, 2 BvR 1506/03, Order of the Second Senate of 5 November 2003, para.52（“国际一级最近的发展特点是日益强调得到承认的国际法主体的不同，国际法主体的数目也日益增多，而在认定国家惯例时应该考虑到这些发展情况。国际组织机构的行为……因此应该得到特别关注”）；Jennings 和 Watts，前注140，见第47页（“国际组织本身即为国际法人。《国际法院规约》第38条并未规定国际习惯仅限于国家惯例，国际组织本身即可产生惯例，这些惯例到一定时候可能会具有习惯法的特点或促进习惯法的发展。但是，国际人格限制了可受国际组织惯例直接影响的国际法领域”）；Higgins，前注119，见第25页（“[联合国]机构在解释条约方面的反复实践可能会建立一种惯例，而如果条约处理的是一般国际法问题，则这种惯例最终可能会固定为习惯。机构惯例不一定证明创始缔约国的意图，但它可以证明习惯法。在这种情况下，联合国是国际法律程序的参与者”）；Skubiszewski，前注175，见第791页（“习惯国际法由组织机构予以适用或在组织机构中适用，这很可能会导致新的规则的发展”）；L. Boisson de Chazournes，*“Qu’est-ce que la pratique en droit international?”*，in *Société française pour le droit international, La pratique et le droit international: Colloque de Genève* (Pedone, 2004)，at pp.13, 38（“一般而言，作为国际法主体，国际组织可促进国际法的形成。这种促进是多方面的，这也表明惯例的多面性。……因此，国际组织可以是成员国建立惯例的途径。国际组织可以通过自己的综合政治机构建立外部惯例，也可以在内部秩序中建立自己的惯例。”）；Danilenko，前注36，见第20页（“无可争辩的是，国家惯例对习惯的形成起到决定性作用。同时，国际组织的惯例也可促成其管辖范围内的习惯规则，这一点已得到公认”）；Henckaerts 和 Doswald-Beck，前注36，第四十一页（“国际组织具有国际法律人格，可以在成员国之外以自己身份参与国际关系。就此而言，国际组织的惯例可促进习惯国际法的形成”）；V. Lowe，*“Can the European Community Bind the Member States on Questions of Customary International Law?”*，in M. Koskeniemi(ed.), *International Law Aspects of the European Union* (Kluwer Law International, 1998)，at pp.149, 158（“我也不是在问这些[欧洲]共同体发言根据《[国际]法院规约》第38(b)条是否构成国家惯例。显然，只要这些发言是国际法人的行为，就可以构成国家惯例”）；M. Akehurst，*“The Hierarchy of the Sources of International Law”*，*British Yearbook of International Law*，47(1975)，pp.273, 281（“国际组织的很多行为本身并不成为国际法的渊源，这或是因为这些行为只是产生习惯国际法发展的惯例的一部分，或是因为它们仅仅记录了国家之间的协定(或承诺)”）（原文无斜体）；Mendelson，前注25，见第201页（“传统上为了方便而称为国家惯例的……的做法，更确切地讲，就是国际法主体的惯例”）；国际法协会《伦敦原则声明》，第19页（“政府间组织本身的惯例即为‘国家惯例’的一种形式”）。

的例证可能是行政或业务机关的行为”，¹⁸⁰ 并涉及到国际组织开展的与各国所开展活动类似的“业务活动”，即一位著者将之定义为“国际组织为履行总体使命或执行具体任务而开展的方案工作”的活动。¹⁸¹ 这类活动极为广泛，取决于国际组织应有的职能和权力，可以包括联合国的执行措施以及秘书处的条约保存职能等等。而除在这些领域外，秘书处的行为和观点则不太可能构成惯例。¹⁸²

77. 对于习惯国际法的形成和识别，国际组织本身即有促进作用，最明确的情况则是国家向这些组织赋予了国家管辖权：“如在[欧洲联盟]这种情况下，当国际组织全部或部分代替其成员国处理国际关系时，其惯例可能在[比直接涉及其参与国际关系的法律问题]更广泛的意义上具有相关性。”¹⁸³ 这类惯例在本质上可以等同于国家惯例。正如第二次报告中所述，如果这类国际组织的惯例不能等同于国家惯例，则意味着不仅组织的惯例不在考虑之内，其成员国对国家惯例的促成能力也会丧失或减小。¹⁸⁴

¹⁸⁰ Sloan, 前注 119, 见第 74 页(指出“国际组织是国际法的主体, 组织惯例对习惯的形成也具有相关性”)。另见 O.Schachter, “The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat”, *British Yearbook of International Law*, 25(1948), pp.91, 93(提到联合国秘书处对很多重大政治争端的干预, 这种干预“几乎都是为了提出法律声明”)。

¹⁸¹ Johnstone, 前注 169, 见第 94 页(但在略为不同的背景下讨论这类活动, 将这类活动与“国际组织更明确的规范职能, 例如政府间机构制定条约或通过决议、宣言和条例”加以区分)。另见 K.Schmalenbach, “International Organizations or Institutions, General Aspects”, in *Max Plank Encyclopedia of Public International Law* (2014), para.79(“一些组织与国家在相同领域或以相同方式运作。在这种情况下, 组织和国家的惯例和法律确信都可以促进同一习惯法规则的形成, 前提是不因国际组织的特有性质而必须对规则进行更改”); Crawford, 前注 20, 见第 195 页(“组织可以同成员国和非成员国以及其他组织订立协定, 也可以就对其有影响的问题提出国际主张并作出正式声明。前文提到, 在评价政治机构的行为时需要谨慎, 在谨慎的前提下, 组织的惯例可作为法律的证据。此外, 国际组织的‘实地’行为可能影响关于国际法的话语, 从而间接影响习惯的形成”)。

¹⁸² O.Corten, 前注 54, 见第 173 页(“联合国秘书长经常对军事行动的合法性问题表明联合国的立场……这些声明并非没有相关性, 它们可以引起联合国会员国的官方反应。但是, 秘书长的声明本身并不等于联合国作为一个国际组织作出的法律承诺。更不是会员国所作的承诺”)。

¹⁸³ Treves, 前注 54, 见第 52 页。例如, 见“检察官诉塔迪奇”, IT-94-1 号案件, 对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求作出的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭), 1995 年 10 月 2 日, 第 115 段(提及欧洲联盟理事会的声明)。

¹⁸⁴ A/CN.4/672, 第 44 段。在第六委员会 2014 年的辩论中, 欧洲联盟代表强调, “在根据欧盟各项条约规定只有欧盟可以采取行动的领域, 习惯国际法的形成应该考虑到欧盟的惯例, 以及成员国对欧盟立法的执行情况”(见简要记录; 该发言载于联合国节纸型门户网站 <<http://www.un.org/en/ga/sixth/>>)。另见 J.Vanhamme, “Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union’s Contribution”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 39(2008), pp. 127, 130(“可以肯定地说, 以《欧共体条约》为基础的欧盟对外关系可视为国际法的相关惯例”); F. Hoffmeister, “The Contribution of EU Practice to International Law”, in M. Cremona (ed.), *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), at pp.37-128。欧洲联盟的各项创始条约规定, 欧盟“应促进……确保国际法得到严格遵守和发展”(《欧洲联盟条约》第 3 条第 5 款)。

78. 此外,如果国际组织的惯例具有相关性,本报告和先前报告以及结论草案中提出的适用于国家惯例的考虑因素也可比照适用于国际组织的惯例。¹⁸⁵

79. 鉴于上述情况,对起草委员会 2014 年暂时通过的结论草案 4[5]第 2 款(内容为:“在某些情况下,国际组织的惯例也可促进习惯国际法规则的形成或表述”),不提出修改。但是,为了澄清去年辩论中反映的非国家行为体的地位,拟议删除(起草委员会暂时通过的)结论草案 4[5]第 1 款中的“主要是”一语,并增加新的第 3 款:

结论草案 4[5]

惯例要求

.....

3. 其他非国家行为体的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例。

七. 特别习惯

80. 关于本专题的审议迄今一直倾向于“一般”习惯国际法,即“对所有国家有效的普遍适用”的习惯国际法。¹⁸⁶ 但是,有的习惯国际法规则可能只对某些国家具有约束力。这一点已得到国际法院¹⁸⁷ 及其各法官¹⁸⁸ 以及国家法院、¹⁸⁹

¹⁸⁵ A/CN.4/672, 前注 6, 见第 43 段。

¹⁸⁶ 缅甸湾区域海洋边界划界, 判决书, 《1984 年国际法院案例汇编》, 第 246 页, 见第 292 至 293 页, 第 90 段(“.....已由国际习惯法确认、因此无疑具有普遍适用性的原则对所有国家都有效”。

¹⁸⁷ 见哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 266 页, 见第 276 页(法院处理了哥伦比亚关于“据称拉美国家特有的区域或地方习惯”的诉词); 摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案, 1952 年 8 月 27 日判决书, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 176 页, 见第 200 页(“一种地方习惯”); 印度领土通行权案(案情实质), 1960 年 4 月 12 日判决书, 《1960 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 39 页(“一种地方习惯”); 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), 案情实质, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 105 页, 第 199 段(“.....习惯国际法, 无论是一般性的, 还是特别适用于美洲国家法系的”); 边界争端, 判决书, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 554 页, 见第 565 页, 第 21 段(“.....不只是一种促进某个习惯国际法原则逐渐形成的惯例, 这种惯例的影响仅限于非洲大陆, 正如以前仅限于西班牙语美洲.....”); 另见关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决书, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页, 见第 233 页, 第 34、36 段(“习惯国际法.....不管是世界普遍性的还是区域性的.....世界普遍性或区域习惯”)。

¹⁸⁸ 例如, 见渔业管辖权(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决书, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 79、94 页(法官 de Castro 的个别意见)(“区域习惯或惯例以及特别习惯”); 北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 62 页(院长 Bustamante y Rivero 的个别意见)(“一种区域习惯法”); 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司, 判决书, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 290 至 291 页(法官 Ammoun 的个别意见)。

¹⁸⁹ 见 Nkondo v. Minister of Police and Another, South African Supreme Court(Orange Free State Provincial Division), 7 March 1980, 82 International Law Reports(1990), 358, 368-375(法官 Smuts 裁定, 没有证据证明南非共和国与莱索托之间长期存在的惯例已经定型为不受移民手续限制的地方习惯过境权); Service of Summons in Criminal Proceedings case, Austrian Supreme Court, 21 February 1961, 38 International Law Reports(1969), 133, 135(提到“适用于欧洲大陆的国际法一般规则”)。

政府¹⁹⁰和专著作者¹⁹¹确认。这些属于“特别”习惯规则，也称“特殊”习惯规则，大多表现为区域或地方(双边)习惯。¹⁹²

81. 虽然特别习惯规则往往对某一地理区域的国家或组成一个利益共同体的国家具有约束力，¹⁹³但也可能是双边的：正如国际法院在通行权案中所述，“很难理解为什么彼此间根据长期惯例确立地方习惯的国家数目必须大于两个”。¹⁹⁴

¹⁹⁰ 例如，见 1993 年 12 月 15 日瑞士联邦外交部关于不驱回原则已发展成为欧洲区域习惯国际法规则的咨询意见(L.Caflisch, “Pratique suisse en matière de droit international public 1993”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 5(1994), 601-603); “与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”，比利时对法官格林伍德在 2012 年 3 月 16 日举行的听证结束时向其提出的讯问所作的补充答复，第 21 和第 37 至 38 段(<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17640.pdf>)。

¹⁹¹ 例如，见 K.Skubiszewski, 前注 43, 见第 830 页(“[惯例的]一般性并不等同于全世界普遍性，这里‘一般【普通】’一词[《国际法院规约》第 381(b)条]是相对而言的。在国家外部活动的不同领域，该词可涵盖或小或大的国家集团”)；H.Thirlway, 前注 18, 见第 88 至 89 页(“如果惯例和法律确念不具一般性，而只限于属于一个可识别或出于共同利益相联结的集团的国家，习惯仍可能产生，但只适用于该集团成员之间，而不能在与其他国家的关系中施行或作为依据”)；Mendelson, 前注 25, 见第 191 页；Restatement(Third) of the Foreign Relations Law of the United States(1987), § 102, Section 102, comments b, e (提到“特别习惯法”以及“一般和特殊习惯”)。习惯国际法一般规则与特别规则之间的等级问题超出了本专题的范围。

¹⁹² Basdevant 提到“相对”习惯(J.Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, 58 *Recueil des cours*(1936), p.486)；Cohen-Jonathan 提到“当地”习惯(G. Cohen-Jonathan, “La coutume locale”, *Annuaire français de droit international*, 7(1961), pp.119, 120)；MacGibbon 提到“特殊或例外习惯”(MacGibbon, 前注 43, 见第 116 至 117 页)。Akehurst 提议“用‘特殊习惯’一词涵盖有限的国家集团所遵循的区域习惯和所有其他习惯”(Akehurst, 前注 36, 见第 29 页)；Wolfke 提到“例外习惯规则”(Wolfke, 前注 32, 见第 13 页)。另见 V.D.Degan, *Sources of International Law*(Martinus Nijhoff Publishers, 1997), at pp.243-244(“似宜将这类用语加以规整，因为并非所有这类习惯规则都相同……但是，所有这类习惯规则都具有国际法的一些共同特点，因此应该归在‘特别习惯’这一通用名称下，以示‘有别于一般习惯法’)。但见 J.M. Gamio, “Costumbre Universal y Particular”, in M. Rama-Montaldo(ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformacion*, Vol.1(Fundación de cultura universitaria, 1994), at pp.69-98(认为，特别习惯的说法是错误的，因为其与一般习惯差异很大，实际上是一种不同的法律渊源，更多地涉及法律的一般原则或条约而不是习惯)。

¹⁹³ 另见 A. G. Koroma, 前注 25, 见第 106 页(“特别习惯表现为在两个国家之间、一组国家当中或某个区域出现的习惯规则”)；Wolfke, 前注 28, 见第 90 页(“特别习惯国际法规则的划分当然还可能根据各种除地域以外的其他标准，例如政治、族裔、经济、宗教、组织成员资格等”)；Villiger, 前注 46, 见第 56 页(“非区域性的特别习惯法是可以想象的，例如，存在于共享社会经济利益的国家之间，或者归根到底，对该习惯规则有共同兴趣的国家之间”)；O. Elias, “The Relationship Between General and Particular Customary International Law”, *African Journal of International & Comparative Law*, 8 (1996), pp. 67, 72(“一个国家的惯例要具有相关性，除对一个特别主题事项的兴趣外别无所需，而这种兴趣的原因与地理可能有关，也可能无关”)；Rosenne, 前注 114, 见第 68 页。

¹⁹⁴ 穿越印度领土的通行权案(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决书，《1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 39 页(补充说，“法院认为两国之间长期持续的、被其接受用于规范相互关系的惯例没有理由不应成为这两个国家之间相互权利和义务的根据”)。另见关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决书，《2009 年国际法院案例汇编》，第 213 页，见第 265 至 266 页，第 140 至 144 段。

因此，一般和特别习惯国际法之间的区别“在概念上很简单。一般习惯法适用于所有国家，而特别习惯则涉及到一组数量较少的国家之间的关系”。¹⁹⁵

82. 特别习惯规则由数目有限的国家之间被接受为法律的惯例演变而来，因此对于没有参与这一惯例或者以某种形式表示同意接受该惯例约束的第三国不具有约束力。¹⁹⁶ 这些规则可能“自主发展，或者由一项一般习惯规则甚至一项协定规则分解而导致”，¹⁹⁷ 因而能够“在创建或修改有限地域范围的规则时，考虑到相关[国家]所特有的地理、历史和政治环境”。¹⁹⁸ 不排除这类规则有演变成一般习惯国际法规则的可能性。¹⁹⁹

83. 在确定是否存在特别习惯国际法规则时，国际法院采用了《规约》第 38 条第 1(b)款。²⁰⁰ 不过，考虑到特别习惯仅对数目有限的国家具有约束力的性质，

¹⁹⁵ A.A. D' Amato, "The Concept of Special Custom in International Law", *American Journal of International Law*, 63 (1969), pp. 211, 212. 另见 M. S. McDougal and H. D. Lasswell, "The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order", in *International Law in the Twentieth Century* (American Society of International Law, 1969), at pp. 169, 178 ("有些惯例涵盖全球；其他惯例则承认较小单位的自我取向")。不过，Thirlway 曾指出，“在地方习惯法的问题上，一般而言，可能往往难以确定所涉习惯将被适用于的“共同体”的界限是什么”：Thirlway, 前注 27, 见第 135 页。

¹⁹⁶ 另见 Thirlway, 前注 140, 见第 1198 至 1200 页；MacGibbon, 前注 43, 见第 117 页(“就各类习惯规则而言，形成过程是相似的，即一方面是主张一项权利，另一方面是同意或默认这一主张”)。

¹⁹⁷ M.E. Villiger, 前注 46, 见第 56 页。

¹⁹⁸ 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决书，《1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页，见第 333 页(法官阿泽维多的反对意见，他这里指的是拉丁美洲的外交庇护)。Dupuy 在这方面提到了“多元化习惯”的优势(R.-J. Dupuy, "Coutume Sage et Coutume Sauvage", in *La communauté internationale: mélanges offerts à Charles Rousseau* (Pedone, 1974), at pp. 75, 82)。

¹⁹⁹ 另见 Barboza, 前注 54, 见第 14 页(“一项特殊习惯，即由于特定原因对一定数量的国家具有约束力的习惯，可能保持这种特殊性，也可能扩散成为一项普遍习惯。一项区域习惯可能永远保持这种区域性，也可能废止不用，在这两种情况下，同意都将是关键因素。该习惯也可能变成一项普遍习惯”)。

²⁰⁰ 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决书，《1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页，见第 276 页(“依据此种习惯的当事方必须证明，这一习惯建立的方式使其对于另一当事方也已具有约束力。[该当事方]必须证明其援引的规则符合有关国家采用的恒定、统一的惯例，并且这种惯例体现了一项权利[或义务]……这源于《国际法院规约》第 38 条，其中称国际习惯为‘作为通例之证明而经接受为法律者’”)。另见 L. Crema, "The 'Right Mix' and 'Ambiguities' in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case", in N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), at pp. 65, 66; O. Shaw, 前注 193, 见第 75 至 76 页。但见北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 130 至 131 页(法官阿蒙的个别意见)；A. A. D' Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 249-250。

有必要明确指出哪些国家参与了该惯例并接受其为法律。²⁰¹ 因此应适用严格的标准。²⁰²

²⁰¹ 哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 266 页, 见第 276 页。另见摩洛哥境内美利坚合众国国民的权利案, 1952 年 8 月 27 日判决书, 《1952 年国际法院案例汇编》, 第 176 页, 见第 200 页; 北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 130 至 131 页(法官阿蒙的个别意见)(“虽然习惯法一般规则不需要征得所有国家同意, 从[《国际法院规约》第 38 条第 1(b)款]明确规定可看出这一点……区域习惯规则却不是这样, 因为其计划适用的国家数量较少, 而且这些国家有可能同意该规则。在没有明示或默示同意的情况下, 一项区域习惯不能强加给一个拒绝接受它的国家”); 关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决书, 《2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页, 见第 279 页, 第 24 段(法官塞普尔韦达·阿莫尔的个别意见); Waldock, 前注 33, 见第 50 页(“在对一国援引一项[一般]习惯时, 不必具体表明该国已接受该项习惯为法律; 而是将假定其已接受该习惯, 因此受到约束, 除非该国可以举出证据证明其实际反对所涉惯例。法院在适用一般习惯时很可能援引各诉讼当事方涉及该习惯的惯例——如果有的话; 但法院从未将其接受该惯例的证据视为对其适用该习惯的必要条件。当然, 关于两、三个国家之间的特别习惯, 如在通行权案中的情况, 立场就非常不同了, 因为这一特别习惯是对一般法的克减, 各诉讼当事方本身接受该习惯即是例外规则的全部根据”); Pellet, 前注 20, 见第 830 至 831 页。

²⁰² 另见 M. Forteau, “Regional International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 20(“有一个选择: 或者所主张的习惯是一般性质的, 主张者必须证明存在一项被大多数国家接受为法律的一般惯例; 或者该习惯被视为区域、地方或双边性质, 主张者必须满足一种严格的标准。在这些情况下, 习惯具有合意性质, 必须证明“所援引的规则……符合[所有]有关国家实行的恒定、统一惯例(庇护案 276)”); Crawford, 前注 103, 见第 246、247 页(“法院将这一‘所援引的拉丁美洲国家特有的区域或地方习惯’的存在视为一个实际上的双边问题……显然, 尽管法院援引了《规约》第 38 条第 1(b)款, 却在适用一种比其对“全世界普遍的”国际法规则所适用的更严格的证据标准……这并不意味着永远不能依据区域或地方习惯, 只是必须证明该习惯存在于特定的争端当事方国家之间; 该习惯存在的“区域”包括两个还是二十二个国家都无关紧要……这一点在通行权案中得到了很好的说明”); J. Combacau, S Sur, *Droit international public*, 10th edition (Montchrestien, 2012), at p. 72(由于这些规则针对某些特定国家, 必须明确界定所涉主体的范围, 而这只能通过其直接参与来确定。另外, 总的来说, 这些习惯实际上与同样具有约束力的一般习惯存在矛盾或者是对后者的克减。因此, 必须确定, 有关国家在其相互关系且仅在其相互关系中已解除了一般规则”); Shaw, 前注 22, 见第 66 页(“在这种[区域或地方习惯]的情况下, 所需证据的标准, 特别是关于对其适用该地方习惯的当事方所接受义务的证据标准, 高于援引普通或一般习惯的情况……地方习惯要求当事双方(或各方)都明确接受该规则。这是因为地方习惯都是对习惯法一般性质的例外, 而后者对所有国家一起造法采取相当灵活的态度, 这反倒有些类似于前面的同意理论, 即各国仅受到其同意的规则的约束。例外可证明规则, 但用以确立例外的证据须比用以确立规则的证据更有力”); Degan, 前注 217, 见第 245 页(“对于那些在造法惯例方面消极被动、没有表现出任何兴趣而且无法证明其存在有关法律确念的国家或其他主体来说, 特别习惯规则是他国之间的行为, 正如条约对于第三国那样。正是出于这些原因, 特别习惯规则的举证责任与一般习惯相比有重大差别”); Villiger, 前注 46, 见第 56 页(“其含义是, 特殊规则与一般规则的差别仅在于, 特殊规则的形成需要遵守该规则的国家明示(或默示)承认, 顺便提一下, 这些国家还承担举证责任”(提及庇护案的判决)。但见哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 266 页, 见第 294 页。(法官阿尔瓦雷斯的反对意见): “一个原则、习惯、理论等, 无需被所有新世界国家接受方可被视为[对所有新世界国家具有约束力的]美洲国际法的一部分。在这种情况下存在的情形与在全世界普遍的国际法情况下的相同”。法官德卡斯特罗曾说过, “法院必须依职适用[一般习惯国际法]; 它有责任知晓这一法律问题: 即法院知法。只有区域习惯或惯例以及特殊习惯才必须得到证明”; 渔业管辖权(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决书, 《1974 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 79 页(法官德卡斯特罗的个别意见)。

84. 提出下列结论草案，供列入新的第六部分，题为“习惯国际法规则的普遍适用的例外”：

结论草案 15

特别习惯

1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。
2. 要确定一项特别习惯的存在及其内容，必须认定在有关国家之间是否存在一项被其中每个国家接受为法律(法律确信)的一般惯例。

八. 一贯反对者

85. 尽管(一般)习惯国际法规则“就其性质而言，对国际社会所有成员具有同等效力，因此其中任何成员不得为有利于本国而对这种规则单方面任意行使排除权”，²⁰³ 但普遍认为，一国若坚持反对正在出现的新习惯国际法规则，并在该规则定型后继续反对，则不受其约束。²⁰⁴ 这被称为“一贯反对者规则”。²⁰⁵

86. 国际上的和国内的法院和法庭判决都曾参照过该规则，正如国际法协会《伦敦声明》强调的，没有出现质疑该规则的判决。²⁰⁶ 在庇护案中，国际法院认定：不能“判定哥伦比亚政府已证明存在这一习惯。但即使可以假定仅在某些拉丁美洲国家之间存在这一习惯，也不能对秘鲁援引该习惯，因为后者非但没有遵守该习惯的态度，相反还通过不批准首批含有[所涉规则]的 1933 年和 1939 年《蒙得维的亚公约》，拒绝接受该规则”。²⁰⁷ 在渔业案中，法院同样认为：“十英里规则没有获得国际法一般规则的权威。无论如何，十英里规则似乎对挪威不适用，

²⁰³ 北海大陆架，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 38 至 39 页，第 63 段。

²⁰⁴ 一贯反对者规则在国际法强制性规范(强制法)背景下的适用超出了本专题的范围。

²⁰⁵ 这当然有别于新出现的规则遭到反对、从而使其无法成为一项具有约束力的(一般)规则的情况。用法官阿蒙的话来说，“众所周知以至于不需要纠缠的这一点，这种被认为并不需要很大规模的反对会给一项习惯的发展会带来何种后果”(巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 308 页(法官阿蒙的个别意见)。另见 *Kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Judgment of the Constitutional Court of South Africa (4 August 2004), para. 148(法官 Ngcobo 的个别意见)。“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，理由是国家惯例不足以使某一具体惯例成熟为一条习惯国际法规则。这样，国家便使这一惯例无法成熟为一条习惯国际法规则”。

²⁰⁶ 国际法协会《伦敦原则声明》，第 27 页。

²⁰⁷ 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决书，《1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页，见第 277 至 278 页。另见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)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 107 页，第 203 段。

因为挪威一直反对任何将这一规则适用于挪威海岸的企图”。²⁰⁸ 在其他案件中也有个人意见提及该规则。²⁰⁹

87. 虽然有人表示一贯反对者规则“在实际的国家间法律讨论中发挥的作用之有限令人吃惊”，²¹⁰ 但是，尤其是在司法程序中还是若干次出现了有国家试图依

²⁰⁸ 渔业案，1951 年 12 月 18 日判决书：《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 131 页。有些作者质疑渔业案和庇护案的判决在支持存在一贯反对者规则方面的意义：例如，见 C. Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against Their Will”, 241 *Recueil des Cours* (1993), pp. 284-287; J. I. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *British Yearbook of International Law*, 56 (1985), pp. 1, 9-11; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Clarendon Press, 1997), at p. 60, fn. 79 (就庇护案写道, “该案涉及到一项地方习惯的存在。地方习惯不产生普遍影响, 提出主张国必须提供证据表明, 反对国已同意该规则。因此, 在严格意义上, 地方习惯并不会真正出现一贯反对者问题”)。但见 Mendelson 的回复, 前注 25, 见第 228 至 232 页; D. Kritsiotis, “On the Possibilities of and for Persistent Objection”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21 (2010), pp. 121, 129 (“对法院而言……这两个案件[1950 年底护案和 1951 年渔业案]都涉及到一贯反对在实践中的实现”)；Akehurst, 前注 36, 见第 24 至 25 页。另见 H. C.M. Charlesworth, “Customary International Law and the Nicaragua Case”, *Australian Yearbook of International Law*, 11 (1984-1987), pp. 1, 30 (“在讨论是否存在一项关于不干预的习惯规范时, 法院承认了一贯反对者不受习惯国际法规则约束的可能性”)。

²⁰⁹ 见北海大陆架, 判决书, 《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页, 见第 97 页(法官帕迪略·内尔沃的个别意见)及第 229 页(法官拉克斯的反对意见)；西南非洲, 第二阶段, 判决书, 《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页, 见第 291 页(法官田中的反对意见)；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 312 页(法官施韦贝尔的反对意见)。

²¹⁰ T.L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, *Harvard International Law Review*, 26(1985), 457, 463. 另见, 例如, P.-M. Dupuy, “A propos de l’opposabilité de la coutume générale: enquête brève sur l’«objecteur persistant»”, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges offerts à Michel Virally* (Pédone, 1991), at p. 266 (“与法院的判决完全不同, 一贯反对者规则在国家惯例中很少, 甚至不被援引, 看起来显然颇为式微”)。

据该规则(且法院和法庭承认该规则存在)的情况。²¹¹ 此外,其他方面的国家惯例也支持该规则。²¹²

²¹¹ 例如,见联合王国和挪威在渔业案中的有关书状(《国际法院书状》,第一卷,挪威辩诉状,第381至383页,第256至260段;第二卷,联合王国的答辩状,第428至489页,第162至164段;第三卷,挪威复辩状,第291至296页,第346至353段); *Democratic Republic of the Congo v FG Hemisphere Associates LLC*, Hong Kong Court of Final Appeal FACV Nos. 5, 6 & 7 of 2010 (2011), para.121(“因为我不是在阐述,而且我也不能阐述大陆的立场,因此我无须说明自己是否认为限制性豁免是一项习惯国际法规则。我也无须决定一贯反对是否起作用。假如真有必要这么做,我则会认同,中国一直是限制性豁免的一贯反对者”); *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*(German Federal Constitutional Court), vol.46, Beschluss vom 13. Dezember 1977(2 BvM 1/76), Nr.32 (Tübingen, 1978), pp. 388-9, para. 6(“这不仅涉及一国从一开始就能够成功地坚持采取行动,以持续申明权利的方式反对适用一项现有的国际法一般规则(如同国际法院对挪威渔业案的裁定所述,《1951年国际法院案例汇编》,第131页);而是,在目前尚不能断言存在相关的国际法一般规则”); *C v Director of Immigration*, Hong Kong Court of Appeal[2010]HKCA 159 (2011), para. 68(“‘一贯反对者’概念是一项国际公法原则,即‘一国……在新的习惯国际法规则形成过程中,不参与该过程,宣布本国不受该规则约束,并且保持这种态度’(Fitzmaurice, 第99和100页)。反对的证据必须明确”); 毛里求斯诉大不列颠及北爱尔兰联合王国(根据1982年《联合国海洋法公约》附件七进行的仲裁),毛里求斯共和国的答辩状(2013年),第124页,第5.11段(“一贯反对者规则要求一国在所涉规范形成期间表现出一贯反对”); *Roach v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 3/87, Case 9647(1987), para. 52(“习惯国际法规则的证据要求有广泛国家惯例的证据。《国际法院规约》第38条将‘国际习惯’界定为‘作为通例之证明而经接受为法律者’。然而,习惯规则不约束反对该规范的国家”); *Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights Report No. 62/02, Case 12.285 (2002), paras. 48,49(“国际习惯法规范一旦确立,将约束所有国家,只有那些在惯例成为法律之前一贯反对该惯例的国家例外。虽然某个惯例不需要被全世界普遍接受才能成为习惯国际法规范,但对于一贯反对作为该规范依据的惯例的国家而言,被大多数国家所接受的规范对其没有约束力……因为习惯国际法乃基于国家的同意,一贯反对一项习惯国际法规范的国家不受该规范约束”); *BG Group Plc v. Republic of Argentina*, Final Award (24 December 2007), para. 410, fn. 328; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d (1992), 699, 715, para. 54: “一贯反对一项为其他国家所接受的习惯国际法规范的国家不受该规范约束”; *El Leil v. France*, Application no. 34869/05, Judgment (European Court of Human Rights, Grand Chamber), 29 June 2011, para. 54(回顾,条约条款也可以作为习惯国际法约束非缔约国,“前提是该国没有反对过该规则”)。另见 G. Guillaume, *Avis d’ amicus curiae*, *Revue française de droit administratif*, 28 (2012), 19, 20, para. 11 (在应行政法院要求出具的法庭之友意见书中辩称,如果《维也纳条约法公约》第53条的规则(强制法)是习惯国际法,则一国可以是一贯反对者;行政法院的判决没有提及强制法问题(见 No.303678, 23 December 2011))。

²¹² 例如,见土耳其代表在第三次联合国海洋法会议其中一次全体会议上的发言,当时该国代表辩称,“在会议筹备阶段和会议期间,本国[土耳其]一直是12海里界限的一贯反对者。就半封闭海而言,土耳其代表团递交的修订案和所作声明表明土耳其一直明确拒绝接受在此类海域适用12海里界限。鉴于上述考虑,不能针对土耳其主张12海里界限”(A/CONF.62/SR.189号文件,第76页,第150段); J.B. Bellinger, 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), pp. 443, 457, fn. 43(“美国政府认为[一贯反对者]理论仍然有效”)。另见 Danilenko, 前注18, 见第112页(“有效保留一贯反对者地位的可能性不应与法律承认的不赞同新习惯法规则的权利相混淆”)。

88. 一贯反对者规则的存在得到文献的广泛认可，²¹³ 尽管偶尔也被某些作者所质疑。²¹⁴ 如 Waldock 所言，“多数国际法学者认为，当符合第 38 条定义的习惯确立之时，该习惯成为适用于每个国家的国际法一般规则，但受限于一保留。这种保留是指当习惯还在形成过程中时，一个国家明确且一贯地表示反对将该惯例确认为法律。”²¹⁵ Koroma 同样指出，“该原则在国际法中得到公认和接受”。²¹⁶

89. 国际法委员会在其最近发布的《对条约的保留的实践指南》中提到一贯反对者规则，指出“‘一贯反对者’可以采用保留的方式显示其一贯反对态度；反对者当然可以拒绝通过条约对其适用依据一般国际法不能对其援引的规则。”²¹⁷

²¹³ 例如，见 Murphy，前注 54，见第 95 和 96 页；H. Lauterpacht，‘International Law-The General Part’，in E. Lauterpacht(ed.)，*International Law: Collected Papers of Hersch Lauterpacht*，Vol. I (Grotius, 1970)，at p. 66 (“虽然没有必要证明每个国家都同意，但在习惯规则形成阶段明确表示异议，将至少对于异议国而言，否定了该习惯的存在”)；Skubiszewski，前注 43，见第 846 页(“习惯一旦确立，则约束各国，除非这些国家在习惯形成阶段曾出言反对”)；D. Armstrong, T. Farrell and H. Lambert, *International Law and International Relations*, 2nd edition (Cambridge University Press, 2012)，at p. 180 (“一国有可能通过一贯反对而不受新出现的习惯法规则约束(对于已经确立的习惯规则而言，不存在这种可能性)”)；Dailler, Pellet and Forteau，前注 28，见第 231 页；M. Diez de Valesco，前注 140，见第 140 页；C. Santulli, *Introduction au droit international*(Pedone, 2013)，at pp. 54-55；Danilenko，前注 36，见第 41 页(“根据现行国际法，如果一个国家一贯反对一项新出现的规则，那么即使存在广泛惯例和相关的法律确念，该国也不受这项习惯规则的约束”)；Ragazzi，前注 208，见第 60 至 65 页；C. Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law* (Outskirts Press, 2010)。另见 *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* § 102 cmt. d (“尽管习惯法可以通过国家的默认或行动来确立……并获得对所有国家的普遍约束力，但在法律仍在发展的过程中就表示不同意一项惯例的国家原则上不受该规则约束，即便在该规则成熟之后也不受约束”)；J.A. Green, ‘Persistent objector teflon? Customary international human rights law and the United States in international adjudicative proceedings’，in J.A. Green and C. Waters (eds.)，*Adjudicating International Human Rights: Essays in Honour of Sandy Ghandhi* (Brill Nijhoff, 2015)，167-191；Koskenniemi，前注 117，见第 443 页(“尽管一贯反对者方面的案例法还很单薄，但法律学说却压倒性地推断该原则成立”)。

²¹⁴ 例如，见 G. Abi-Saab, 207 *Recueil des Cours* (1987)，pp. 180-182；Charney，前注 208，见第 1 至 24 页；A. Cassese, *International Law*, 2nd edition (Oxford University Press, 2005)，162-163；P. Dumberry, ‘Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited’，*International and Comparative Law Quarterly*, 59 (2010)，779-802；H. Lau, ‘Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law’，*Chicago Journal of International Law*, 6 (2005)，495-510 (提出在国际法中同意具有非绝对和不断减弱的作用，而一贯反对者原则尤其是在人权案件中应当受到限制)。Lowe 回应如下：“一些作者质疑一贯反对原则的有效性，认为它是十九世纪国际法合意论不合时宜的存续。然而一旦理解了原则曾经有限的范围及其在实践中非常有限的援引，便很难明白为什么会存在这样的疑问。国家不受其未缔结的条约所定义义务的约束，这显然是对的。那么，如果在(而且只有在)一个国家一贯宣布其反对一项规则的情况下，为什么其他国家能够宣称其惯例创设了该习惯国际法规则从而约束这个国家呢？”(V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007)，at p. 58)。

²¹⁵ Waldock，前注 33，见第 49 页。

²¹⁶ A.G. Koroma 前注 25，见第 113 和 114 页。

²¹⁷ 《对条约的保留的实践指南》，对指南 3.1.5.3 的评注(7)。2011 年《国际法委员会年鉴》，增编 1。

90. 一贯反对者规则被视为一种保障, 可借以避免习惯国际法演变成“强势者的专权”,²¹⁸ 该规则之所以特别具有吸引力, 是因为其中不存在对既定规则持异议的可能性。此外, 该规则“通常被认为是习惯国际法根本上合意性质的必然结果, 甚至是其体现”。²¹⁹ 一贯反对者规则存在的其他原因可追溯到“重要的国家自主权和多样中求统一的根本性道德原则”以及关于各国已承认这一规则具有效力的断言。²²⁰ 人们发现, 该规则“在习惯法体系中发挥了若干重要作用”, 包括通过“在短期内”给予反对国“便利, 以便其适应必须面对的新现实”, 同时促使“对新规则进行调整, 以期调和服从新规则的国家与一个或更多反对国的观点”,²²¹ 并且提供了“国家可借以在不采用对抗行动情况下保护自身合法权

²¹⁸ Mendelson, 前注 25, 见第 227 页。另见 Akehurst, 前注 36, 见第 26 页(“如果单独一个国家的反对意见能够阻止创设一条新规则, 那么很难再创设任何新[习惯]规则。如果可以违反异议国的意愿而对其进行约束, 实际上可以通过多数表决制来创设习惯法; 但不可能就所需多数的规模以及是否和如何为不同国家的表决设置权重等问题达成共识。此外, 自信属于多数的国家会对少数派国家采取毫不妥协的态度”); O. Elias, “Persistent Objector”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), para. 2 (“一贯反对者原则为非同意国提供了摆脱多数主义倾向的路径, 人们发现自二十世纪中叶以来, 多数主义倾向已经成为习惯国际法创设进程的特点”); Stein, 前注 210, 见第 457 至 482 页(辩称在当代高度自觉的习惯法创设过程中, 一贯反对者规则的作用越来越重要); 国际法协会《伦敦原则声明》, 第 28 页(“作为政策事项, 一贯反对者规则可以被视为有益的妥协。这项规则尊重国家主权, 保护各国不会在违反其意愿的情况下被大多数强行施加新法律; 但与此同时, 如果新规则得到足够广泛的支持, 则逐步发展的法律船队可以向前行进, 无须等待最慢的那条船”)。

²¹⁹ Elias, 前注 218, 见第 2 段。另见 Weil, 前注 91, 见第 433 页和 434 页(认为, 单个国家有能力选择不参与新出现的习惯国际法规则是国际法渊源正统理论范围内“对习惯的唯意志论性质的决定性测试”); Murphy, 前注 54, 见第 96 页(“此‘一贯反对者’规则是对国家同意在国际法中核心重要性的首肯”); M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Study of Their Interactions and Interrelations with Special Consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985), at p. 17(“考虑到国家组成的社会所具有的结构, 一贯反对的概念至关重要。如果各国都是国际法的法律创设主体, 他们有可能出于自身原因, 在一些情况下为其自身利益而选择退出法律制订进程”); D.A. Colson, “How Persistent Must the Persistent Objector Be?”, *Washington Law Review*, 61 (1986), pp. 957-958(“一贯反对者原则是国际法形成所具有的合意性质的必然结果”); W.M. Reisman et al, *International Law in Contemporary Perspective* (Foundation Press, 2004), 15(“依照国际法合意性质的传统理念, 各国若一贯反对由正在出现的习惯法对其行动自由设置的新限制, 则有可能成功地避免受该习惯法约束”)。

²²⁰ B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press, 2010), at p. 229; D.P. Fidler, “Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law”, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), pp. 198, 209。

²²¹ Elias, 前注 218, 见第 6 段。

益的手段”，²²² 还降低了因国家不遵守国际法律体系而给该体系造成的成本，也有助于反对国避免违反国际法，从而降低了其自身成本。²²³

91. 如 Fitzmaurice 所言，“其本质是在规则形成过程中，在其定型为确定的、得到普遍认可的法律规则之前，对该规则表示异议”。²²⁴ 反对与违反之间的分界线有时并不容易划定，²²⁵ 但显然，一旦习惯法规则定型，各国则不得开始援引一贯反对者规则。²²⁶ 不能允许“嗣后反对者”。²²⁷ 一国应当尽早反对一项正在发展的规则。²²⁸

²²² Colson, 前注 219, 见第 964 页。

²²³ 见 Guzman, 前注 75, 见第 169 页(表明习惯国际法的理性选择理论支持一贯反对者原理)。但是, 见 J.P. Kelly, “The Twilight of Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 40 (2000), pp. 449, 523-526; Verdier and Voeten, 前注 91, 见第 427 至 429 页(辩称该原理的实际意义有限)。

²²⁴ 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), pp.1, 26。

²²⁵ 另见 Colson, 前注 219, 见第 958 页(“这两种情况[国家反对国际法律实践中的新趋势和国家反对已经定型为法律的趋势]之间的界限从来都不清晰, 也许只有在回顾时才能看清”); O. Elias, “Some Remarks on the Persistent Objector Rule in Customary International Law”, *Denning Law Journal*, 6(1991), pp. 37, 38(“很有可能出现难以区分一贯反对者与嗣后反对者的情形, 但原则上对二者加以区别不是问题”)。

²²⁶ 例如, 见哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950 年 11 月 20 日判决书:《1980 年国际法院案例汇编》, 第 266 页, 见第 336 段(法官 Azevedo 的反对意见)(“这些偶尔拒绝遵守的情形构成对已确立规则的违反, 因为一国不能反对之前已经接受的习惯”); J.B. McClane, “How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?”, *ILSA Journal of International Law*, 13(1989), pp.1,7(“根据定义, 在规范生成之后加以反对是嗣后反对, 正因如此, 所以无效”); Akehurst, 前注 36, 见第 24 页(“在规则已经牢固确立之后才初次表示反对太迟了, 无法让该国免受约束”); Thirlway, 前注 27, 见第 110 页(“如果惯例被普遍接受为‘法律’, 并且异议国直到规则已经定型并牢固确立之后才公开宣布其意见, 那么该规则将约束包括异议国在内的所有国家”); Mendelson, 前注 25, 见第 244 页(“一贯反对者规则……只适用于那些在一般性规则新出现之时表示反对的国家: 不存在‘嗣后反对者’规则”); Barberis, 前注 145, 见第 39 页(“一国只有自习惯规范形成之时起便明确且反复表示反对, 才能不受该习惯规范的约束。……自习惯规范形成时起便开始明确和反复表示的反对有效, 而习惯规范已经形成之后才表示反对则无效”)。

²²⁷ 关于在特定情况下也应允许嗣后反对的提议见 C.A. Bradley, M. Gulati, “Withdrawing from International Custom”, *Yale Law Journal*, 120 (2010), pp. 202-275; Guzman, *supra* note 75, at pp. 169-171; 对这种提议的反应, 见 S.Estreicher, “A Post-Formation Right of Withdrawal From Customary International Law?: Some Cautionary Notes”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 21(2010), pp.57-64。

²²⁸ 见 Elias, 前注 218, 见第 15 段(“有关国家必须尽早明示其反对意见”); A. Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge, 2010), at p. 41(“一国应当尽早提出反对并对不受其欢迎的事态发展作出反应, 不仅应在新事态所涉事项将直接影响其利益时这样做, 而且当这些事态在近期与该国相关性不大时也要这样做”)。

92. 一贯反对若要有效,就必须得到明确表达。²²⁹ 但是,“并不要求一项立场声明须以特定的形式或基调提出”。²³⁰ 具体而言,口头反对(即相对于关于采取实际行动的要求)足以维持反对国的法律立场。²³¹ 在实践中,一国可否认一正在出现

²²⁹ 例如,见 A. Steinfeld, “Nuclear Objections: The Persistent Objector and the Legality of the Use of Nuclear Weapons”, *Brooklyn Law Review*, 62(1996), pp.1635, 1652(“持反对意见的国家,若其计划依据现行国际法保留一定的法律权利,则应对公开宣布的法律政策予以公开反对”); D.J. Bederman, “Acquiescence, Objection and the Death of Customary international Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 21(2010), pp.31, 35(“若希望避免受一种新的全球习惯规范的约束,各国则有义务大声且频繁地表示抗议”); Mendelson, 前注 25, 见第 240 至 241 页(“首先,显然必须表示反对:政府官员和部长仅在内部表示怀疑,但未向外部世界传达,是无用的。若受一惯例直接影响的国家不表示反对,则在许多情况下可合理地被认为予以了默认或以其他方式被剥夺反对这一规则的权利”); I.C. MacGibbon, ‘Some Observations on the Part of Protest in International Law’, *British Yearbook of International Law*, 30(1953), pp.293, 318(一国必须“明确且强烈”抗议); Stern, 前注 18, 见第 108 页。另见毛里求斯共和国诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(依照 1982 年《联合国海洋法公约》附件七进行的仲裁),毛里求斯共和国的答复(2013 年),第 124 页,第 5.11 段(“必须表示反对:政府官员自己在内部表示怀疑,但未向其本国工作环境之外传达,是不够的”)。

²³⁰ Colson, 前注 219, 见第 969 页。另见 Lepard, 前注 220, 见第 238 页(“简言之,无法断言在每种情况下反对必须采取的特定形式或表达的特定强度”); Wolfke, 前注 28, 见第 67 页(“每次对一个正在出现的习惯有效地表达异议,其方式可能不同,或直接,或间接,即是隐性的。最有效的当然是对一种做法、对其被接受为法律这一点或对一项成熟的习惯规则毫不含混地明确表示抗议,因为仅从行为中推断的异议,其确凿性要小得多,且难以证明”)。有人则主张,反对必须是有原则的(“有良心的背叛”),但请参看 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), a p.299; Lepard, 前注 220, 见第 230 至 232 页。Stein 认为,“无论是在原则上或作为权宜之计”,都应当允许一贯反对,但有表示,要求反对意见“须具有实质一惯性”可能是有益的(Stein, 前注 210, 见 476 页)。

²³¹ 另见国际法协会《伦敦原则声明》,第 28 页(“口头抗议便足够了:没有规定要求各国必须采取实际行动维护其权利”); C.G. Guldahl, “The Role of Persistent Objection in International Humanitarian Law”, *Nordic Journal of International Law*, 77(2008), pp.51, 55(“尽管既定的做法是,在国际习惯法下,国家惯例的证据一般可包括口头和实际行为,但是关于[反对者须持续实际行使他们主张的权利]的要求将能确保,这一对习惯国际法的普遍适用的例外实际上仅会在特殊情况下被真正奉行其立场的国家所援用。它还将使一国的法律立场更加明确。然而,它可能产生不利,甚至灾难性后果,例如,在禁止使用核武器问题上,或者举个不太极端的例子,在敌对报复被用来对付平民的情况下,便会如此。显然,这种要求是不可取的,人们普遍认为不需要如此”); Mendelson, 前注 25, 见第 241 页(“只是口头上反对,不伴随实际行动来支持这一反对意见,似乎已经足够了。的确,否则便会破坏世界和平,也不利于缺乏适当军事资源或技术人员来采取这种行动的国家”); Colson, 前注 219, 见第 963 至 965 页(“一项表达反对意见的声明可采用多种方式,也可通过各种手段作出。国家的立场可能不需要通过行为表达出来,才能构成一项有效的法律上的反对意见。在国际法上,明确但温和的措辞足以保护一贯反对者的立场”); Lepard, 前注 220, 见第 239 页(“当然,即使是在难以作出一贯反对的情况下,不使用武力等基本伦理原则也意味着,明确的抗议并不需要采取非口头行动,特别是军事行动)来实施规则。仅仅口头抗议应该是足够的”)。

的新规则已成为习惯国际法规则，也可反对该规则对该国的适用性，或同时反对二者。²³²

93. 一国必须持续和一贯地坚持其反对意见，以免被视为已默认。²³³ 有人说，只要所处的情形有此要求，就必须重复表示反对(否则就不是“一贯”的)，²³⁴ 尽管要求绝对的一贯性可能不现实。当然，国家可以在任何时间放弃其反对。²³⁵

94. 反对国须负责证明其有权受益于一贯反对者规则，即必须能够反驳关于所定有关习惯国际法规则对其具有约束力的推定。²³⁶

95. 提出下列结论草案，供列入第六部分：

结论草案 16

一贯反对者

在一项新的习惯国际法规则形成过程中，一国若对此规则一贯表示反对，则只要该国维持其反对立场，便不受该规则约束。

²³² 另见 O.A.Elias and C.L.Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*(Kluwer Law International, 1998), at p.106; Elias, 前注 218, 见第 17 段(“反对国是表示反对或不同意存在或形成一项规则，还是表示反对有关规则对自己的适用性，也似乎并不重要”)。

²³³ 另见 Gaja, 前注 55, 见第 43 页(“法院[在渔业案(联合王国诉挪威)中]认为具有相关性的反对意见不止是对一条规则持有的简单的否定态度。而是反对“任何试图适用”这一规则的行动，并表示这些试图之举都已告失败。因此，对于异议国而言，一项规则对该国是否也有效的问题”似乎具有相关性); Crawford, 前注 103, 见第 247 页(“一贯反对……但必须前后一致且清楚，而不是仅仅表现为未批准一项条约”); Elias, 前注 218, 见第 16 段(“如果一个国家不坚持其反对意见，但可视为已默认”); Kritsiotis, 前注 208, 见第 129 至 130 页(“因此，反对的时间必须妥善恰当，而且在某种意义上须是一贯的；我们可以有把握地假定，零星或孤立的反对是不行的”); Mendelson, 前注 25, 见第 241 页(“必须维持抗议。这的确是“一贯”一词的应有之义……若该国曾表示反对而后却未能重申反对，则可能有理由(视情况而定)假定它放弃了其原先的反对”)。

²³⁴ 国际法协会《伦敦原则声明》，第 28 页。另见 Elias, 前注 218, 见第 16 段(“惯例越普遍，越为人熟知，反对国必须提供的反对证据就越多，因为面对被视为具有足够的一般性，能够导致一项新规则的惯例，若没有反对，则可能相当于默认”)；Steinfeld, 前注 229 页，见第 1652 页(“须由习惯自身的性质来确定要求作出的反对的性质”)。

²³⁵ 见渔业案，1951 年 12 月 18 日判决书：《1951 国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 138 页(法院认为，“不必过分重视联合王国政府声称在挪威的惯例中发现的少数不确定性或矛盾之处，不论这些是实际的还是表面的……”)；Colson, 前注 219 页，见第 957 页(“在回答‘一贯反对者必须一贯到何种程度’问题时，必须考虑到是在何种情况下适用原则的”)。

²³⁶ 另见 Crawford, 前注 103, 见第 247 页(“重要的是，自始至终，可以反驳关于规范已被接受的推定”)；Dupuy, 前注 198, 见第 78 页(“一国声称[该习惯]不可对其施用，就必须证明其对该习惯作出了抗议，即作出了声明，明确表示该国不接受作为该习惯依据的法律共识”)。

九. 今后工作方案

96. 如上文第一节所述,本报告试图完成由特别报告员提出的一套结论草案。²³⁷今后工作方案取决于国际法委员会在其 2015 年届会期间取得的进展。如果国际法委员会能够在 2015 年暂时通过一套附带评注的结论草案,则在其于 2016 年提交的下次报告中,特别报告员将根据第六委员会 2015 年的辩论情况以及从各国政府和其他方面收到的任何书面意见,提出对结论和评注的任何可能进行的改动。其目标仍然是,在国际法委员会 2016 年届会议期间对 2015 年通过的结论草案和评文案文进行详细和深入审查和修订,在此基础上尽可能在 2016 年届会期间结束关于这一专题的工作。²³⁸然而,若觉得需要有更多的时间,则必须避免在向前推进时过于仓促。²³⁹

97. 在第四次报告中,除了(且有别于)结论草案和评注,特别报告员还打算审议如何切实加强有关材料(这些材料是确定一般惯例及其已被接受为法律的依据)的可获取性。²⁴⁰

98. 特别报告员还打算编写并分发一份有关这一专题的参考资料目录,供国际法委员会成员审查。

²³⁷ 见上文第 8 段。

²³⁸ 记得《对条约的保留的实践指南》曾采用了类似的程序,即国际法委员会于 2010 年暂时通过了一份全文版本,再于一年后,即 2011 年通过最终版本(见 A/66/10 号文件,第 54 至 64 段)。记得在 2011 年届会上,一个(由 Vásquez-Bermúdez 担任主席的)工作组详细审议了准则草案。

²³⁹ 2014 年, Forteau 先生曾引用一句格言:欲速则不达(简要记录 A/CN.4/SR.3225(2014 年 7 月 17 日))。

²⁴⁰ 另见 A/CN.4/672, 前注 6, 见第 35 段(“确定国家惯例是一大难事。虽然技术和信息资源已有发展,但在现代世界的环境下,惯例的传播和定位仍是一个重要的实际难题。)

附件

增加的拟议结论草案

结论草案 3[4]

评估两要素的证据

.....

2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。

结论草案 4[5]

惯例要求

.....

3. 其他非国家行为体的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例。

结论草案 11

接受为法律的证据

.....

3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。

第五部分

特定形式的惯例和证据

结论草案 12

条约

如果确定所涉条约规定符合以下条件，则该项规定可反映或最终反映习惯国际法规则：

- (a) 在订立条约时编纂现有的习惯国际法规则；
- (b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型；或
- (c) 导致被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。

结论草案 13

国际组织和会议的决议

在某些情况下，国际组织或国际会议上的决议可作为习惯国际法的证据或对其发展作出贡献；这些决议自身不构成习惯国际法。

结论草案 14

司法裁决和论著

司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分

习惯国际法规则的普遍适用的例外

结论草案 15

特别习惯

1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。
2. 要确定一项特别习惯的存在及其内容，必须认定在有关国家之间是否存在一项被其中每个国家接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论草案 16

一贯反对者

在一项新的习惯国际法规则形成过程中，一国若对此规则一贯表示反对，则只要该国维持其反对立场，便不受该规则约束。