



大会

Distr.: General
14 March 2018
Chinese
Original: English

国际法委员会

第七十届会议

2018 年 4 月 30 日至 6 月 1 日，纽约，
7 月 2 日至 8 月 10 日，日内瓦

关于习惯国际法的识别的第五次报告

特别报告员迈克尔·伍德编写*

目录

	页次
导言	4
一. 对一读通过的结论草案的评论和意见	6
A. 一般性评论和意见	7
1. 收到的评论和意见	7
2. 特别报告员的建议	8
B. 对特定结论草案的评论和意见	9
第一部分：导言	9
结论 1：范围	9
1. 收到的评论和意见	9
2. 特别报告员的建议	10
第二部分：基本方法	11
结论 2：两个构成要素	11
1. 收到的评论和意见	11

* 特别报告员谨感谢 Omri Sender 先生为本报告的编写提供了宝贵的协助。特别报告员也借此机会感谢 Jean-Baptiste Merlin 先生就此专题继续开展工作。



2. 特别报告员的建议	11
结论 3: 评估两个构成要素的证据	12
1. 收到的评论和意见	12
2. 特别报告员的建议	12
第三部分: 一般惯例	13
结论 4: 惯例的要求	13
1. 收到的评论和意见	13
2. 特别报告员的建议	17
结论 5: 作为国家惯例的国家行为	20
1. 收到的评论和意见	20
2. 特别报告员的建议	20
结论 6: 惯例的形式	20
1. 收到的评论和意见	20
2. 特别报告员的建议	22
结论 7: 评估国家惯例	23
1. 收到的评论和意见	23
2. 特别报告员的建议	24
结论 8: 惯例必须具备一般性	25
1. 收到的评论和意见	25
2. 特别报告员的建议	26
第四部分: 被接受为法律(法律确信)	28
结论 9: 被接受为法律(法律确信)的要求	28
1. 收到的评论和意见	28
2. 特别报告员的建议	29
结论 10: 被接受为法律(法律确信)的证据形式	31
1. 收到的评论和意见	31
2. 特别报告员的建议	33
第五部分: 某些材料对于识别习惯国际法的意义	33
结论 11: 条约	33
1. 收到的评论和意见	33
2. 特别报告员的建议	34

结论 12：国际组织和政府间会议的决议	35
1. 收到的评论和意见	35
2. 特别报告员的建议	36
结论 13：法院和法庭的判决	37
1. 收到的评论和意见	37
2. 特别报告员的建议	39
结论 14：学说	39
1. 收到的评论和意见	39
2. 特别报告员的建议	40
第六部分：一贯反对者	41
结论 15：一贯反对者	41
1. 收到的评论和意见	41
2. 特别报告员的建议	43
第七部分：特别习惯国际法	44
结论 16：特别习惯国际法	44
1. 收到的评论和意见	44
2. 特别报告员的建议	46
二. 使习惯国际法证据更易于查考	48
三. 委员会产出的最后形式	49
附件一 读通过的结论草案及特别报告员提议的修改	51

导言

1. 在 2012 年第六十四届会议上，国际法委员会将“习惯国际法的形成与证据”的专题列入目前的工作方案，并在特别报告员编写的初步说明¹的基础上，举行了一次初步辩论。
2. 在第六十五届会议上，国际法委员会在特别报告员第一次报告²和秘书处题为“国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素”的备忘录³的基础上，举行了一次一般性辩论。委员会将该专题的题目改为“习惯国际法的识别”。⁴
3. 在第六十六届会议上，国际法委员会审议了特别报告员第二次报告。⁵经过辩论，第二次报告提议的 11 项结论草案交给了起草委员会，委员会暂时通过了 8 项结论草案。⁶
4. 在第六十七届会议上，国际法委员会审议了特别报告员第三次报告⁷，该报告意在完成关于本专题的一套结论草案。辩论之后，第三次报告中提议的结论草案交给了起草委员会，起草委员会通过了另外 8 项结论草案以及原来已经通过的两项结论草案的补充段落。国际法委员会注意到起草委员会临时通过的第 1 至 16 条结论草案，预计国际法委员会将在下一年考虑在一读时通过这些结论草案(及其评注)。
5. 在 2016 年第六十八届会议上，国际法委员会审议了特别报告员第四次报告，⁸其中对各国和其他各方就临时通过的 16 条结论草案提出的主要意见和建议做了回复。报告也审视了使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段，以便委员会重新审议该议题。委员会还收到关于本专题的初步文献目录，⁹以及秘书处题为“就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的判例法方面发挥的作用”的另一备忘录。¹⁰
6. 2016 年 5 月 19 日至 24 日，国际法委员会就特别报告员第四次报告举行了辩论，并将对报告所载结论草案的拟议修正案交给起草委员会。此外，一个不限成员名额工作组已经成立，负责审视特别报告员编写的非正式评注草稿。2016 年 6

¹ A/CN.4/653。

² 特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告(A/CN.4/663)。

³ A/CN.4/659。

⁴ A/CN.4/SR.3186: 委员会第 3186 次会议临时简要记录(2013 年 7 月 25 日)，第 5-6 页。

⁵ 特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的形成与证据的第二次报告(A/CN.4/672)。

⁶ 由于时间不够，起草委员会无法审议两条结论草案，一条结论草案未审。

⁷ A/CN.4/682。

⁸ 特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)。

⁹ 同上(A/CN.4/695/Add.1)。

¹⁰ A/CN.4/691。

月 2 日，国际法委员会审议并通过了起草委员会关于第 1 至 16 条结论草案的报告，因此经一读通过了一套 16 条结论草案。¹¹ 2016 年 8 月 5 日和 8 日，国际法委员会通过了评注。¹² 委员会还请秘书处编写一份关于使用习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的备忘录，考察习惯国际法证据现况，并提出改进的建议。¹³

7. 根据《章程》第 16 至 21 条，委员会决定在 2016 年通过秘书长向各国政府转递一读通过的结论草案，请各国政府发表评论和意见，并在 2018 年 1 月 1 日之前向秘书长提交评论和意见。¹⁴

8. 在第六委员会 2016 年辩论时，约有 50 位发言者就此专题作了发言。¹⁵ 各国代表团赞赏国际法委员会迄今就此专题开展的工作。总体而言，他们对结论草案、评注和文献目录表示欢迎，认为这些都很重要，将大大便利实际工作者和学者的工作。各代表团还对秘书处关于国家法院的判决在国际性法院和法庭的案例法方面发挥的作用的备忘录表示赞赏。许多代表团对一读通过的案文发表了详细评论，就可如何细微调整具体结论草案和评注的问题提出了宝贵的建议。¹⁶

9. 截至本报告提交之日，下列国家响应委员会请求递送了书面意见和看法：奥地利、白俄罗斯、中国、捷克共和国、萨尔瓦多、以色列、荷兰、新西兰、北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)、大韩民国、新加坡和美利坚合众国。¹⁷

10. 根据 2016 年提出的工作方案，¹⁸ 本报告试图回应大家对一读通过的结论草案和评注发表的主要评论和意见，包括 2016 年第六委员会辩论期间发表评论和意见以及应委员会请求书面提交的意见。如上文所述，若干国家也承认，¹⁹ 本专题工作早期阶段提出的意见和建议已经得到考虑。

¹¹ 见 A/71/10, 第 57 和 62 段。

¹² 同上，第 63 段。

¹³ 同上，第 56 段。

¹⁴ 同上，第 15 段。

¹⁵ 阿尔及利亚、阿根廷、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、巴西、智利、中国、哥伦比亚、古巴、塞浦路斯、捷克共和国、多米尼加共和国(以拉丁美洲和加勒比共同体(拉加共同体)的名义)、厄瓜多尔、埃及、萨尔瓦多、芬兰(以北欧国家名义)、法国、德国、希腊、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、爱尔兰、以色列、日本、马来西亚、墨西哥、蒙古、荷兰、秘鲁、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、苏丹、泰国、土耳其、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国、越南、欧洲委员会、欧洲联盟(也以塞尔维亚及波斯尼亚和黑塞哥维那的名义)、红十字国际委员会。

¹⁶ 见大会第六委员会在大会第七十一届会议期间讨论专题摘要，秘书处编(A/CN.4/703)。

¹⁷ 报告中提及的“书面意见”是指对委员会请求作出回应的书面意见。报告提交日期后收到的书面意见也将由委员会在第七十届会议上审议。

¹⁸ 特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 50-53 段。

¹⁹ 例如，见 A/C.6/71/SR.21, 第 75 段(奥地利)，第 116 段(德国)；A/C.6/71/SR.22, 第 40 段(新加坡)，第 70 段(马来西亚)；新西兰书面意见，第 2 段；中国书面意见，第 1 页。

11. 一读通过的结论草案和评注也得到法律工作者和学者的注意：被法院引用，²⁰ 在若干学术活动中讨论，²¹ 在学术文章里讨论。²²

12. 本报告在导言之后的结构如下。第一章载列各国对一读通过的结论草案和评注的主要评论和意见，并载列特别报告员在回复时提出的建议。第二章审视秘书处编写的关于“使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段”的备忘录，并审视备忘录中建议可如何得到落实的问题。第三章载列特别报告员关于委员会产出最后形式的建议。附件一载列特别报告员提议的对一读通过的结论草案的修改。附件二载列经更新的本专题文献目录，将在本届会议晚些时候分发。

一. 对一读通过的结论草案的评论和意见

13. 特别报告员非常感谢对一读通过的结论草案和评注发表口头和书面意见的所有各方。大家的意见有时可能彼此相悖，这是可预料的。尽管如此，这些意见都经过了深思熟虑，具有建设性，应大大帮助委员会改进其最后产出。

14. 收到的评论和意见分两部分审视：关于结论草案整体的一般性评论和意见(A节)；关于特定结论草案的评论和意见(B节)。在这两种情况下，评论和意见都予

²⁰ R(关于自由正义党的申请)诉外交和联邦事务大臣，[2016] All ER (D) 32 (2016 年 8 月 5 日)，第 77-78 段；Mohammed 等人诉国防部，[2017] UKSC 2 (2017 年 1 月 17 日)，第 151 段；Benkharbouche 诉外交和联邦事务大臣以及外交和联邦事务大臣和利比亚诉 Janah [2017] UKSC 62 (2017 年 10 月 18 日)，第 31-32 段。

²¹ 特别报告员参加了讨论结论草案和评注的各项活动，包括在剑桥大学、欧洲大学研究所、曼彻斯特大学、罗马 La Sapienza 大学和密歇根大学举办的活动。

²² 例如见： *International Community Law Review* (第 19 卷，2017) 习惯国际法专刊，B.D. Leppard, *Reexamining Customary International Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017)；N. Blokker, “International organizations and customary international law: is the International Law Commission taking international organizations seriously?”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 1–12；M. Fitzmaurice, “Customary law, general principles, unilateral acts”, in *Nicaragua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*, E. Sobenes Obregon and B. Samson, eds. (Cham, Springer, 2017), pp. 247–267；R. Deplano, “Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 227–253；C.A. Bradley, ed., *Custom's Future: International Law in a Changing World* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2016)；L. Kirchmair, “What came first: the obligation or the belief? A renaissance of consensus theory to make the normative foundations of customary international law more tangible”, *German Yearbook of International Law*, vol. 59 (2016), pp. 289–319；K. Gastorn, “Defining the imprecise contours of *jus cogens* in international law”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 16 (2018), pp. 1–20；E. Henry, “Alleged acquiescence of the international community to revisionist claims of international customary law (with special reference to the *jus contra bellum* regime)”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 18 (2017), pp. 260–297；J. d'Aspremont and S. Droubi, eds., *International Organizations and the Formation of Customary International Law* (Manchester, Manchester University Press, forthcoming 2018)；C.A. Bradley and J.L. Goldsmith, “Presidential control over international law”, *Harvard Law Review*, vol. 131, No. 5 (2018)；G.H. Fox, K.E. Boon and I. Jenkins, “The contributions of United Nations Security Council resolutions to the Law of Non-International Armed Conflict: new evidence of customary international law”, *American University Law Review*, vol. 67 (2018)；N. Lamp, “The ‘practice turn’ in international law: insights from the theory of structuration”, in *Research Handbook on the Sociology of International Law*, M. Hirsch and A. Lang, eds. (Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming 2018)。

以简要介绍,然后特别报告员提出其建议,主要是对结论案文的建议,但也说明对评注应否作出修改,至少笼统地作出说明。为了便于参考,对结论提议的修改列于报告附件一。

A. 一般性评论和意见

1. 收到的评论和意见

15. 各国在对委员会 2016 年一读通过的结论草案和评注发表评论时,认为结论草案将“无疑成为有用的工具,能帮助法律工作者识别习惯[国际]法存在与范围”。²³ 结论草案和评注中的许多提法得到明确广泛认同。有人赞扬委员会在本专题工作整个过程采取“仔细、平衡的”方法²⁴,并努力考虑到不同国家法律制度和传统的实践。²⁵

16. 委员会努力使结论草案简单明了,便于查考(细节在评注中阐述),虽然这样做值得赞赏,但有人也认为,在一些地方可在结论案文与所附评文案文之间取得平衡。新西兰认为,“由于想使结论草案简短,不过分具有规范性,结果有时过于笼统,未能始终提供明确的指导”。²⁶ 各国就此提出了一些具体建议,这些建议在下文结合具体结论审视。

²³ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 52 段(芬兰以北欧国家名义发言)。另见 A/C.6/71/SR.20, 第 56 段(美利坚合众国说,结论草案及其评注“已经是法律工作者和学者的重要资源”); A/C.6/71/SR.21, 第 12 和 16 段(澳大利亚说,“结论草案为识别这些规则及其内容提供了灵活、实际的方法”);同上,第 85 段(联合王国说,“结论草案和评注对法官和法律工作者来说是有价值、便于查考的工具”);同上,第 93 段(葡萄牙说,“习惯国际法的识别的专题对世界各地的法律顾问和法律工作者来说很有实际价值”,“帮助识别习惯国际法规则的一套务实、简单的结论将是实用的工具”); A/C.6/71/SR.22, 第 6 段(希腊说,“委员会的工作为国际法学者处理习惯国际法规则的识别和确切内容这一棘手问题提供了十分必要的规范指南”);同上,第 22 段(墨西哥说,结论草案“提供了有用的指导”);同上,第 33 段(爱尔兰说,“结论草案、评注和文献目录将……作为有用的资源”);同上,第 61 段(日本说,本专题“有潜力,能为国际法发展作出有用的贡献”); A/C.6/71/SR.23, 第 24 段(斯洛伐克表示赞赏的是,结论草案和评注“是有形、有价值的成果,将帮助法官和法律工作者在实践中识别习惯国际法”);同上,第 41 段(埃及说,结论草案“将对法院和法律工作者都有帮助”); A/C.6/71/SR.24, 第 13 段(厄瓜多尔认为,委员会提出的方法“将是对法律工作者很大的帮助,特别能受益的是在审案时经常需要断定习惯国际法规则识别问题的法官”); A/C.6/71/SR.29, 第 97 段(蒙古对本专题工作发表了评论,并指出“结论草案将进一步帮助习惯国际法作为国际公法重要渊源适用”);新加坡书面意见,第 1 段(“认为委员会的最后产出对各国、国际性法院和法庭以及法律工作者将是宝贵的实际指导”);新西兰书面意见,第 1 段(指出“条款草案可望成为有用的参考,帮助有需要的法律工作者和其他人识别和适用习惯国际法规范”);中国书面意见,第 2 页(希望“结论和评注以及秘书处研究的结果能为国际法和实践提供统一、明确的指导”);大韩民国书面意见,第 2 段(指出“结论草案可望为各国法律工作者提供识别和确认习惯国际法的权威指南”)。另见 A/C.6/71/SR.24, 第 25 段(红十字国际委员会祝贺国际法委员会通过结论草案,并“十分赞赏国际法委员会审议与识别习惯国际法有关的问题”)。

²⁴ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 116 段(德国)。

²⁵ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 72 段(法国)。

²⁶ 新西兰书面意见,第 5 段(另指出,新西兰赞赏委员会努力使结论草案简单明了,便于查考,但新西兰的理解是,结论草案需要与评注一并阅读。结论草案案文应能够单独存在。在一些情况下,评注对结论草案一般用语作了很大的限定。新西兰认为,这些要素也应列入结论草案正文)。另见 A/C.6/71/SR.20, 第 45 段(欧洲联盟、塞尔维亚、波斯尼亚和黑塞哥维那)。

17. 美国表示关切的是，结论草案和评注“可能给人的印象是，习惯国际法的形成或识别很容易”。²⁷ 中国提议在结论草案 3 中增加第三段，说明“应采用严谨系统方法识别习惯国际法”。²⁸ 以色列建议委员会说明习惯国际法的识别“需要对现有证据进行透彻、实证、客观的审查”。²⁹ 但法国认为，“在这套条款草案的评注中列入一些认为习惯国际法规则存在的例子将是有助益的，因为现有草案中几乎所有例子都是涉及认定规则不存在的情况”。³⁰

18. 有代表指出，在两个具体方面，结论草案可能超越了目前的方法的范围，甚至可被认为是“逐步发展”，即：国际组织的实践同习惯国际法的形成与识别的相关性；³¹ 双边适用和/或由共同事业、利益或活动而非地理位置连在一起的多国相互间适用的特定习惯国际法规则的存在。³² 在这方面，有人认为委员会本专题的产出不应包括“逐步发展”的建议，如果有这种性质的建议，就应予以清除说明。

2. 特别报告员的建议

19. 特别报告员回顾说，结论草案应结合评注来解读。³³ 他先前曾说过，“我们需要始终铭记在保持结论草案简明扼要和综合全面两者之间保持平衡”。³⁴ 收到的意见认为，目前列于评注中的若干要点应在结论中得到一定反映。特别报告员在本报告中就此提出了一些建议。

20. 但应该记得，结论不应过于僵化，原因至少有三个。第一，结论需要适用于实践中可能出现的许多情况。第二，习惯国际法作为法律渊源本身不可能予以十分精确地描述。因此，正如澳大利亚所述，确定习惯国际法识别方法时给予一定灵活性“非常重要，能确保在委员会关于本专题的指南中反映作为习惯规则形成和发展特点的动态性质”。³⁵ 最后，重要的细微之处可能最好在评注中说明，评注的确切作用是更具体地解释结论。新加坡认为，评注“应与结论一并适用，作为一个不可分割的整体”。³⁶ 特别报告员建议在介绍结论的总评注中强调结论与评注一并解读。

²⁷ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 58 段。

²⁸ 中国书面意见，第 2 页。

²⁹ 以色列书面意见，第 32 段。

³⁰ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 72 段。

³¹ 美国书面意见，第 1-2 页，以及 A/C.6/71/SR.20, 第 56-57 页(美国)；A/C.6/71/SR.22, 第 38 段(以色列)；新西兰书面意见，第 4 段(指出“关于此事的评注缺乏司法权威”)。

³² 美国书面意见，第 19 页；捷克共和国书面意见，第 3 页。

³³ 另见 A/71/10, 注 245。

³⁴ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 14 段。

³⁵ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 12 段(指出，结论草案“为识别[习惯国际法]规则及其内容提供了灵活而务实的方法”)。另见大韩民国书面意见，第 2 段(“规则的明确性与习惯国际法内在的灵活性之间需要适当平衡”)。早先，委员会成员普遍认为，“委员会在起草[关于本专题的]结论时不应具有过分规范性”，特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 3(c)段。

³⁶ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 40 段。

21. 特别报告员对委员会意图的理解是，一读通过的结论或评注均只说明识别习惯国际法规则的现有方法。这与委员会就此专题开展工作一开始时就认可的意见是一致的，即“委员会应着眼于描述关于习惯国际法规则的形成与证据的国际法现状，但不妨碍今后可能出现的发展情况”。³⁷ 本专题的目的是就如何识别习惯国际法规则的问题提供务实、权威的指导，而要这样做，委员会必须设法反映既定方法。就此发表评论的多数国家都表示，它们认为结论草案的确确切反映了现有状况：用大韩民国的话来说就是，“结论草案总体结构安排妥善，适当反映了与本专题有关的国际法现况”。³⁸ 但特别报告员承认，关于国际组织惯例的相关性和关于特别习惯国际法规则，可以有更大的确切性。本报告就此提出了建议。

22. 有人表示，识别习惯国际法规则时，严谨性很重要，特别报告员完全同意这一意见。³⁹ 但他认为，结论和评注现有案文已经充分顾及这一点，包括在总评注开头这样做。⁴⁰

B. 对特定结论草案的评论和意见

第一部分：导言

结论 1：范围

1. 收到的评论和意见

23. 若干国家认可结论草案的范围，“即结论草案仅限于习惯国际法识别问题，而不重点讨论与其他国际法渊源或与强行法的关系”。⁴¹ 日本认为，委员会“有理由指出本专题研究的目的应是帮助确定某一规则在特定时期的存在与内容”。⁴² 澳大利亚说，“委员会工作的目标不是在说明确定国家惯例何时达到临界点从而形成习惯国际法的固有困难方面提供指导。相反，结论草案是指导法律工作者如何确定习惯规则在特定时间点的存在或内容”。⁴³ 另一方面，波兰认为“不幸的是，结论草案和评注都没有讨论习惯国际法规则如何演化的问题”。⁴⁴

³⁷ 见特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的形成与证据的第一次报告(A/CN.4/663)，第 16 段。

³⁸ 大韩民国书面意见，第 1 段。

³⁹ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 15 段。

⁴⁰ 见 A/71/10，第 63 段，总评注第(1)段(“需要开展条理清楚且细致的法律分析和评价”)。

⁴¹ 北欧联合书面意见(2017 年)，第 1 页；例如，另见 A/C.6/71/SR.21，第 6 段(捷克共和国)。

⁴² 见 A/C.6/71/SR.22，第 63 段(解释说，“习惯国际法可通过若干方式形成，取决于规则主题或情形。因此不可能确定规则形成的方式或规则形成的确切时刻”)。

⁴³ 见 A/C.6/71/SR.21，第 15 段。

⁴⁴ 见 A/C.6/71/SR.22，第 31 段。

24. 西班牙认为应增补一条结论，阐明“关于习惯规则的存在与内容的举证责任”。⁴⁵ 俄罗斯联邦说，关于习惯国际法与其他国际法渊源关系不属于本专题范围的解释目前放在结论草案 1 的评注中，而这一解释最好本身成为一条结论。⁴⁶

2. 特别报告员的建议

25. 特别报告员对一读通过的结论草案 1 没有提议修改。他回顾说，结论没有忽视习惯国际法的形成。如先前曾解释的那样，鉴于习惯国际法的构成要素也被用来确定其存在，习惯国际法的形成与识别在实际上可能导致两者融合。⁴⁷ 因此，修改专题名称所依据的理解就是与习惯国际法形成有关的问题仍然在本专题范围之内；⁴⁸ 而且，起草委员会主席在 2014 年的说明中确认，结论草案 1 提及习惯国际法规则的存在与内容的确定，这“不可避免地意味着要研究这些规则的形成”。⁴⁹ 这一点已经反映于评注中。⁵⁰

26. 特别报告员说，识别习惯国际法规则的举证责任问题已经在委员会内提出。⁵¹ 此一举证责任是否存在于国家层面(如果是如此，由何者承担)将取决于国家法律系统，委员会在评注中解释说，结论“不讨论习惯国际法在各国法律体系内的地位问题”⁵² 在国际层面，某一习惯国际法规则的识别通常是一个法律分析问题，而不是一当事方履行举证责任的问题⁵³ (至少对于一般(而不是特定)习惯国际法来说是如此⁵⁴)。由于这些原因，关于举证责任的结论没有必要，而且可能会有误导作用。

27. 似乎没有必要再增补一条关于习惯国际法与其他国际法渊源关系的结论；专题标题已清楚显示，结论仅与习惯国际法的识别有关，虽然在这方面结论自然会

⁴⁵ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 111 段。

⁴⁶ 同上，第 45 段。

⁴⁷ A/CN.4/SR.3254: 委员会第 3254 次会议临时简要记录(2015 年 5 月 21 日)，第 10 页。

⁴⁸ A/CN.4/SR.3186, 委员会第 3186 次会议临时简要记录(2013 年 7 月 25 日)，第 6 页。

⁴⁹ 起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 3 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

⁵⁰ 见 A/71/10, 第 63 段，结论草案 1 的评注第(4)段。

⁵¹ A/CN.4/SR.3227: 委员会第 3227 次会议临时简要记录(2014 年 7 月 18 日)，第 6 页。

⁵² 见 A/71/10, 第 63 段，结论草案 1 的评注第(5)段。

⁵³ 见关于国际法院的判决及可能超越此范围的情况，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，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 24-25 页，第 29 段：“为了确定所提主张是否有法律依据，法官知法原则意味着，法院不仅仅依赖于当事方对适用法律的意见”(参见“Lotus”，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 10 号，第 31 页)法院在渔业管辖权案中指出：“法院作为国际司法机构，应从司法角度注意国际法，因此在审理属于《规约》第五十三条范畴的案件时与审理任何其他案件一样，都需要主动考虑可能与解决争端有关的所有国际法规则。法院有责任在特定案件情形中确定并适用相关法律，而不能将确立或证明国际法规则的责任强加于任何当事方，因为法律应在法院的司法知识范围内(《1974 年国际法院案例汇编》，第 9 页，第 17 段；第 181 页，第 18 段)”。

⁵⁴ 结论 16 的评注解释如下(提及国际法院管辖权)，“依赖这类惯例的当事方必须证明此惯例是以对另一当事方有约束力的方式确立的”(A/71/10, 第 63 段，结论 16 的评注第(6)段)。

涉及条约以及司法裁决和学术意见的作用。特别报告员先前曾为关于范围的结论提议了第二段，以说明专题的结论不影响其他国际法渊源，也不影响与强行法有关的问题，⁵⁵但在全体会议辩论后撤回了这一建议。⁵⁶一读通过的评注已经显示，本专题的工作不准备解释习惯国际法与其他国际法渊源的关系。⁵⁷

第二部分：基本方法

结论 2：两个构成要素

1. 收到的评论和意见

28. 结论草案 2 受到各国的广泛支持，因此再次证实各国认同作为结论基础的两要素法，并认同其在国际法所有领域的适用。⁵⁸

29. 有人提议对评注草案做一些修改。美国虽然同意关于两要素法“不排除一定的推断”的现有案文，但提议对其加以修改，“以强调使用推断方法时必须谨慎，避免把所称的规则视为习惯国际法，而这些所称的规则不是产生于各国出于法律义务感遵循的一般性的、持续的惯例”。⁵⁹以色列认为，只要提及推断，就可能有害于习惯国际法规则识别中证据实证审查的要求，因此建议删除这一提法。⁶⁰俄罗斯联邦认为，在此背景下提及先前存在的规则，如作为某一“不可分割的制度”的构成部分的规则，最好作为在识别某一习惯国际法规则时需要审查的整体背景来看待(结论草案 3 的主题)。⁶¹

2. 特别报告员的建议

30. 特别报告员没有建议对一读通过的结论草案 2 进行修改，但在适当时候可能提议对评注进行修改，以便说明提及“推断”并非意在提议取代两要素基本方法，而只是偶而用于帮助该方法的适用，如在评注草案中提及的案例中的适用。

⁵⁵ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 15 段。

⁵⁶ 见起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 3-4 页，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/> (“结论草案 1 原有拟议第 2 段是一项但书，从结论草案范围内排除与识别其他国际法渊源或一般国际法强制性规范(强行法)相关的问题。全体会议辩论后，特别报告员建议删除该段，而在评注中提及这些问题。大家普遍认为，结论草案 1 应该尽可能简单，第 2 段确实可予删除”)。

⁵⁷ 见 A/71/10，第 63 段，结论 1 的评注第(5)段。

⁵⁸ 例如，见 A/C.6/71/SR.21，第 48 段(俄罗斯联邦)、第 84 段(联合王国)、第 99 段(智利)、第 137 段(苏丹)；A/C.6/71/SR.22，第 38 段(以色列)、第 44 段(泰国)、第 50 段(越南)；A/C.6/71/SR.23，第 24 段(斯洛伐克)、白俄罗斯书面意见，第 2 页。

⁵⁹ 美国书面意见，第 9 页(另提议删除“不可分割的制度”一语)。

⁶⁰ 以色列书面意见，第 32 段。

⁶¹ 见 A/C.6/71/SR.21，第 46-47 段。

结论 3：评估两个构成要素的证据

1. 收到的评论和意见

31. 结论草案 3 指出,对某一习惯国际法规则的存在的任何分析都必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据所处的具体情况。各国对这一解释表示赞赏。⁶² 一些国家还“欣见结论草案中明言提及一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)这两点必须单独予以确定,同时承认在一些情形下同样的证据可被用来确立两个要素的存在”。⁶³

32. 荷兰认为,尚不清楚的是,“识别某一规则存在的过程是否与确定该规则内容的过程相同”,并建议在结论 3 评注中讨论这个问题。⁶⁴ 以色列认为应删除评注草案中提及能够对某一惯例作出反应的国家的法律确信之处,解释说“自身在所涉规则方面没有惯例的国家发表的一般意见与习惯国际法识别过程无关”。⁶⁵ 有人还建议对评注作若干修正,以避免习惯国际法识别中过分的灵活性。⁶⁶ 以色列还认为,在结论中提及有必要考虑到“规则的性质”,提及这一点虽然是正确的,但事实上仅仅与习惯国际法禁止性规则的确定有关,这应该予以清楚说明。⁶⁷

2. 特别报告员的建议

33. 特别报告员没有建议对结论草案 3 进行修正。鉴于上述意见,评注应否修改的问题尚待考虑。根据特别报告员的看法,原则上,没有理由认为对结论中规定的所有要素的考虑与某一习惯国际法规则的存在或内容的识别无关,即使一个或多个要素在特定情况下可能比其他情况下更加重要。提及“规则的性质”虽然的确与禁止性的规则特别有关(因此评注中“特别”提及这一点),但也可适用于其他规则,如较为一般性的规则的例外或仅对国际法某些主体具有约束力的规则。在这里,结论 3 的用语也设法既说明在识别习惯国际法规则时需要谨慎,又表示需要有一定的灵活性,允许考虑到与所涉规则相关的具体情形。

34. 关于没有某种惯例的国家的法律确信的相关性,特别报告员认为,在研究可能伴随相关惯例的法律确信时,应同时研究其他国家的法律确信,以便证实各国

⁶² 例如,见 A/C.6/71/SR.21, 第 7 段(捷克共和国)、第 14 段(澳大利亚)、第 137 段(苏丹);中国书面意见,第 1-2 页。

⁶³ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 51 段(芬兰,以北欧国家名义);另见北欧联合书面意见,第 1 页;A/C.6/71/SR.21, 第 14 段(澳大利亚),第 48 段(俄罗斯联邦),第 137 段(苏丹);A/C.6/71/SR.22, 第 34 段(爱尔兰);A/C.6/71/SR.23, 第 24 段(斯洛伐克);A/C.6/71/SR.24, 第 10 段(印度尼西亚)。

⁶⁴ 荷兰书面意见,第 5 段(还指出,“情况不一定如此。例如,在识别某一规则的内容时,可能需要根据结论草案 3 第 1 段考虑到所有基础性的国际法原则,但在识别规则的存在时,情况就不一定如此”)。另见以色列书面意见,第 32(3)段。

⁶⁵ 以色列书面意见,第 8 段。

⁶⁶ 同上,第 32 段。

⁶⁷ 同上。

对某一惯例的约束性的看法是一般一致的还是有分歧的。⁶⁸ 国际法院解释说,“采取这种行动的国家或能够对此作出反应的国家必须有某种行为‘证明其确信此惯例因要求此行为的法律规则的存在而变得具有义务性’”。⁶⁹ 例如,在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中,正是因为“国际社会成员对[一些国家]不诉诸核武器……是否构成法律确信的问题有着深刻分歧”,法院才“认为无法认定这样的法律确信是存在的,因此也无法认定相应习惯国际法规则是存在的”。⁷⁰

第三部分:一般惯例

结论 4: 惯例的要求

1. 收到的评论和意见

35. 对结论草案 4 做出评论的国家一致认为,原则上,习惯国际法是由国家惯例创立的,是以国家惯例为证据的。俄罗斯联邦认为,为了更好反映这一既定立场,结论第 1 段中“主要的”三个字应予以删除。⁷¹

36. 但关于结论草案 4 第 2 段提及的国际组织惯例的可能的相关性,大家意见有分歧。对该结论草案发表意见的多数国家表示支持以下提法:“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”。⁷² 例如,罗马尼亚解释说,各国“把权限移交给国际组织,为国际组织创设了识别习惯国际法的任务”,并在这方面指出,“总的说来,结论草案反映了现状”。⁷³ 北欧国家也指出,它们“同意结论草案 4 表达的意见: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”。⁷⁴ 它们还指出,“在成员国授予国际组织代表成员国行使的权力时,情况尤其如此”。⁷⁵ 德国说,结论草案 4 的评注“恰当地指出,如果成员国已经把专属权限转移给国际组织,那么该组织的惯例可以等同于有关

⁶⁸ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672),第 64 段及其中引用之处。

⁶⁹ 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,《1986 年国际法院案例汇编》,第 14 页,见第 109 页,第 207 段(引文从略;并表示“一国对某一新权利或对原则的一项空前的例外的依赖,如果其他国家在原则上也这样做,就可能导致对习惯国际法的修改”(着重部分由作者标明)。

⁷⁰ 关于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 页,第 67 段。

⁷¹ A/C.6/71/SR.21, 第 49 段。另见美国书面意见,第 5 页(建议删除“主要是”,并删除结论第 2 段)。

⁷² 除下文提及的各国外,见 A/C.6/71/SR.20, 第 66 段(中国); A/C.6/71/SR.21, 第 99 段(智利); A/C.6/71/SR.22, 第 50 段(越南)。

⁷³ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 63 段。

⁷⁴ 北欧联合书面意见,第 1 页。

⁷⁵ 同上。

成员国的惯例”。⁷⁶ 欧洲联盟希望委员会的产出将反映国际组织有助于习惯国际法形成的潜力，包括在渔业和贸易等领域的这种潜力。⁷⁷

37. 若干其他国家认为，第 2 段及其评注需要进一步调整。荷兰认为结论草案太有限制性，同时解释说，虽然“国际组织[在习惯国际法的形成与识别方面]可以发挥作用，并且本身确实发挥了作用”，但现有案文“似乎认为国际组织只是国家的代理……，并对国际组织的国际法律人格提出质疑”。⁷⁸ 荷兰说，评注中目前承认的关于国际组织惯例可能具有相关性的情形应予增加。⁷⁹ 奥地利也认为第 2 段现有案文“限制性很大”，同时解释说，该案文“没有充分反映普遍性和区域性国际组织参与国际关系的程度，因此也没有充分反映这些组织有助于习惯国际法形成的程度”。⁸⁰ 荷兰建议进一步阐释“在某些情况下”等字，以便提供更加明确的指导，说明国际组织的惯例“对习惯国际法的形成有影响”的情形。⁸¹ 白俄罗斯认为，唯一可能具有相关性的国际组织惯例是“与在这些组织内部行动的国家的惯例有关的行为，而组织内部主要是指在这些组织的代表机关内，而不是在其秘书处、条约机构及类似的机构内”。⁸² 白俄罗斯还认为，列入关于“国际组织”的定义，也许是有用的。⁸³

38. 但其他国家认为，第 2 段和评注过于宽泛。澳大利亚“愿意接受下列可能性：如结论草案提议的那样，‘在某些情况下’，国际组织的惯例可能有助于习惯的形成”，但建议“考虑是否插入进一步说明”。⁸⁴ 新加坡建议把“在某些情况下”改为“在有限的情况下”，以便“更加确切地反映”评注中提及的情形。⁸⁵ 新加坡还认为，评注应强调，“[国际组织]惯例在有限情况下可能有助于习惯国际法形成的理由是，在这些情况下，国际组织的惯例反映国家惯例”。⁸⁶ 土耳其也建议修

⁷⁶ 见 A/C.6/71/SR.21，第 116 段(欣见在此背景下具体提及欧洲联盟)。

⁷⁷ 见 A/C.6/71/SR.20，第 45 段。

⁷⁸ 荷兰书面意见，第 2 和 4 段(并在第 7 段建议在评注中提供指导，说明“如何区分组织的惯例与各国在组织内的惯例”)。

⁷⁹ 同上。

⁸⁰ 奥地利书面意见，第 1 页(解释说，“国际组织在其权限内开展的活动和归属于国际组织的活动可被视为对习惯国际法的形成有影响的惯例。这些活动不仅在只与国际组织有关的国际法领域开展，也与同时适用于国际组织和国家的规则有关，因为在有些方面国际组织和国家的活动有着共同特征。在国际组织这类惯例的基础上形成的规则不仅适用于国际组织，也适用于国家。例如，这适用于军事性质的行动”)。

⁸¹ 同上。

⁸² 白俄罗斯书面意见，第 2 页(在第 3 页还指出，“关于国际组织惯例对习惯国际法形成的作用，最好是考虑到这些组织成员国的活动，而不是国际组织本身的活动，因为国际组织是国际法的二级主体”)；另见 A/C.6/71/SR.23，第 3 段(认为“[评注中]关于国际组织行为在职能上等同于国家行为的……措词是适当的，因为根据结论草案 4，可以在识别‘惯例’方面更广泛地解释国际组织的行为。因此，白俄罗斯代表团建议考虑是否可能将该措词直接纳入结论草案的案文”)。

⁸³ 白俄罗斯书面意见，第 2 页。

⁸⁴ 见 A/C.6/71/SR.21，第 16 段(同时强调，评估国际组织对习惯规则的形成的作用，包括评估其惯例的分量及相关性，“必须十分谨慎”)。

⁸⁵ 新加坡书面意见，第 6 段。

⁸⁶ 同上，第 7 段(还说，这一重点“将与结论草案 4 第 1 段的提法一致”)。

正结论案文，认为“要铭记必须对国际组织惯例的证据价值设定一个较高的门槛，因此……应采取更谨慎的措辞，将“有助于”改为“可能有助于””。⁸⁷ 以色列也认为，虽然评注草案“适当解释了”在习惯国际法的创立与表述方面国家的首要作用以及国际组织较为有限的作用，但结论草案案文本身没有充分显示这一点。⁸⁸ 以色列尤其建议在结论中更明确地说明国际组织惯例可能具有相关性的某些情形，即成员国授予国际组织专属权限的情况以及相关规则与国际组织内部运作或与国家的关系有关的情况。⁸⁹ 阿根廷认为应说明国际组织的内部行为可否也被视为与习惯国际法的形成与识别有关，并指出“这些行为不可能是有关的，因为它们不是国际性的”。⁹⁰ 俄罗斯联邦对第 2 段有一些保留，指出评注中“没有引述任何惯例或其他渊源为证，证明此类惯例可能形成国际法规则”，再者，“惯例的权威因国际组织不同而不同”。⁹¹ 俄罗斯联邦认为结论草案“应当更有限制性，以表明国际组织的惯例可能有助于形成适用于国际组织本身的习惯国际法规则，而且在某些情况下也可能体现习惯国际法规则”。⁹²

39. 另一方面，一些国家认为，承认国际组织惯例对习惯国际法的形成与识别有直接贡献的提法，“不受国家法律确信或相关案例法的支持”(美国的意见)，因此在作为关于习惯国际法识别的既定规则指南的文书中，这种提法不合适。⁹³ 考虑到承认国际组织的这种作用将是“对国际法的新解释，将会以不清楚的方式默示扩大[经过细心谈判达成的]国际组织的任务，其影响追溯既往”，⁹⁴ 美国还指出，甚至作为法律发展的提案，结论草案 4 第 2 段用词涵盖范围也过于宽泛，错误地暗示对习惯国际法规则的分析都必须审查国际组织的惯例。⁹⁵ 美国认为，较好的方法“是承认国家在国际组织内的可能相关的惯例，而不是国际组织本身的惯例”。⁹⁶ 关于修正结

⁸⁷ 见 A/C.6/71/SR.29, 第 66 段(还说,“这也将与结论草案 12 第 2 和 3 段更加一致”)。

⁸⁸ 以色列书面意见, 第 5 段(在这方面特别提及结论草案 4, 但更笼统地提及所有结论草案)。

⁸⁹ 同上, 第 6 段。

⁹⁰ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 75 段。

⁹¹ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 49 段(解释说,“例如,联合国的惯例不能与区域组织的惯例相提并论”)。

⁹² 同上, 第 50 段。

⁹³ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 56 和 57 段。美国在其书面意见中更加明确地指出,“美国认为,结论草案 4(惯例的要求)对法律现况的阐述不确切,因为其中表示国家以外的实体的惯例有助于习惯国际法的形成”(美国书面意见, 第 2 页)。

⁹⁴ 美国书面意见, 第 4 页。

⁹⁵ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 57 段。美国更加具体地指出:(a) “结论草案和评注都没有充分界定[国际组织的惯例也可能有助于习惯国际法规则的形成与表述的]情况”; (b) 结论草案和评注都没有阐述如何确定国际组织的法律确信这一“关键问题”; (c) 结论草案和评注都没有说明可能相关的行为类型(考虑到“结论草案 6 中讨论的国家惯例形式并不都可与国际组织的活动作明确的类比”); (d) 结论草案和评注可能有误导作用, 引出错误的解释, 认为习惯国际法规则不能仅仅依据国家惯例加以识别, 或在国际组织有相矛盾的惯例时无法加以识别; (e) 结论草案和评注没有具体说明与习惯国际法规则识别可能相关的国际组织惯例的确切范围, 并错误地暗示始终有必要不仅分析“国家惯例, 而且也分析权限和任务差异极大的数百个(如果不是数千个)国际组织的惯例”(美国书面意见, 第 3-5 页)。

⁹⁶ 美国书面意见, 第 5 页。

论和评注的建议有若干条，借以反映这一立场，包括删除第 2 段，在结论第 3 段里具体说明国际组织的惯例没有帮助习惯国际法的形成和表述。⁹⁷ 另建议在结论 2 中在“一般惯例”前加上“国家的”三个字修饰语。⁹⁸ 墨西哥也认为，委员会应“应当阐明，国际组织的惯例有助于识别其成员国的惯例，而不是像目前所述的那样有助于形成或表述惯例”。⁹⁹ 伊朗认为，“一个国际组织成员国的惯例和该组织本身的惯例需要分开审议，只有经证实的国家惯例才能被视为证据”。¹⁰⁰ 新西兰认为，结论草案 4 第 2 段现有案文“超越了既定法律编纂的范畴”，¹⁰¹ 并指出“如果要保留该段，就必须在结论草案案文内更加清楚地阐明国际组织的惯例可能有助于习惯国际法的形成的‘某些情况’”。¹⁰² 在这方面，新西兰指出，“除下列情况以外，国际组织的惯例不可能有助于习惯国际法的形成：惯例通过国际组织的法律职能和权力得到授权，长期以来得到该组织成员国的普遍接受，所涉习惯国际法规则是该国际组织本身受约束的规则”。¹⁰³ 新西兰虽然承认“欧洲联盟的特殊情况”，但敦促大家谨慎“对待根据有限的经验识别一般性结论的问题”，并主张更好阐明结论草案的概念基础。¹⁰⁴ 新西兰还强调需要明确将第 2 段案文及其评注与结论 12 的案文和评注保持一致。¹⁰⁵

40. 虽然结论草案关于其他行为者的行为的第 3 段得到普遍认同，¹⁰⁶ 但阿根廷认为，在评估相关惯例时，界定这种行为可予以考虑的情形，将有帮助。¹⁰⁷ 中国也认为，“非国家实体或国际组织的行为不能满足惯例的要求，因此不可能有助于习惯国际法的形成与表述”，但认为“结论草案中‘可能相关’这一表述含义不清，是否有必要保留该表述令人怀疑”。¹⁰⁸ 俄罗斯联邦表示关切的是，“除了在识别习惯国际法规则方面发挥重要作用的非政府组织和私人之外，不完全清楚的是，为什么还[在第 3 段评注中]提到非国家武装团体和跨国公司”。¹⁰⁹ 此外，俄罗斯联邦建议作出补充澄清，说明“只有国家对此类行为体的行为做出的反应才

⁹⁷ 同上，第 5-6 页。

⁹⁸ 同上，第 5 页。

⁹⁹ 见 A/C.6/71/SR.22，第 22 段(还指出，国际组织的惯例的“证据价值”是用来识别国家惯例，这种价值“仅仅在于履行国家移交的职能或相当于国家自身职能的职能”)。

¹⁰⁰ 见 A/C.6/71/SR.23，第 15 段。

¹⁰¹ 新西兰书面意见，第 4 段。

¹⁰² 同上，第 12 段。

¹⁰³ 同上。

¹⁰⁴ 同上，第 9 段。

¹⁰⁵ 同上，第 11 段。

¹⁰⁶ 例如，见 A/C.6/71/SR.21，第 99 段(智利)；A/C.6/71/SR.24，第 16 段(印度)；新西兰书面意见，第 13 段；新加坡书面意见，第 5 段。

¹⁰⁷ 见 A/C.6/71/SR.22，第 75 段。

¹⁰⁸ 见 A/C.6/71/SR.20，第 66 段。

¹⁰⁹ A/C.6/71/SR.21，第 51 段。

是重要的”。¹¹⁰ 埃及表示其“对考虑其他来源(例如来自学术机构或非国家实体的案文)持保留态度”。¹¹¹

2. 特别报告员的建议

41. 特别报告员承认,国际组织的惯例对习惯国际法的识别的相关性继续是各国(及据认为在委员会内)各种强烈的不同意见争论的主题。特别报告员同意关于结论草案 4 及其评注中现有的若干措辞可予改善的意见。要提出顾及各方关切的案文,需要作出很大的努力。

42. 大家一致认为,在习惯国际法规则的创立与表述中起首要作用的是国家惯例。¹¹² 考虑到这一点,有必要设法更加明确地确定关于国际组织惯例可能的作用的分歧的范围。首先,没有争议的是,当国家指示国际组织代表它们实施属于国家权限的行动时,这种行为很可能与习惯国际法的创立或表述有关。因此,欧洲联盟(或其他国际组织)在行使成员国转交的专属权限时的惯例的相关性不可否认,¹¹³ 因为排除这种行为显然也排除成员国本身帮助创立或表述习惯国际法的情况。¹¹⁴ 结论 4(广义上来说所有结论)应该没有这一层含义。

43. 第二,国际组织之间及与国家关系的惯例可产生或证实对这种关系具有约束力的习惯国际法规则。可以认为,这一立场反映于 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》。该公约在序言中提及“编纂和逐渐发展关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约的规则”,并(也在序言中)确认“本公约未予规定的事项继续受习惯国际法规则的支配”。¹¹⁵ 在这方面,应该记得,秘书处 2013 年的备忘录中一条意见认为“在某些情况下,委员会依

¹¹⁰ 同上。

¹¹¹ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 41 段。

¹¹² 法学评论家确实称结论草案提出了“以国家为中心”的方法,“将剩余作用留给国际组织”:分别见 J. Odermatt, “The development of customary international law by international organizations”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), pp. 491–511 (特别是第 493–497 页); 以及 R. Deplano, “Assessing the role of resolutions in the ILC draft conclusions on identification of customary international law: substantive and methodological issues”, *International Organizations Law Review*, vol. 14 (2017), pp. 227 and 233。另有人经深思熟虑认为,国际组织的惯例可能不如国家惯例重要,但结论草案无论在内容还是在形式上都没有“充分认真地”看待国际组织: Blokker, “International organizations and customary international law” (见上文注 22, 第 1–12 页)。

¹¹³ 例如,见新西兰书面意见,第 9 段(“承认欧洲联盟的特殊情况”); S.D. Murphy, “Identification of customary international law and other topics: the sixty-seventh session of the International Law Commission”, *American Journal of International Law*, vol. 109 (2015), pp. 822 and 828 (其中认为,提及欧洲联盟“是很有道理的”,但补充说,该组织“一般而言可能不是典型的国际组织”)。

¹¹⁴ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682),第 77 段,以及特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695),第 20 段。

¹¹⁵ 另见《公约》第三十八条。委员会的确注意不排除这一可能性:见委员会第 1442 次会议简要记录(1977 年 6 月 16 日),《1977 年国际法委员会年鉴》,第一卷,第 145–146 页;《1978 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),第 137 页,第(5)段;《1982 年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),第 48 页,第(5)段。

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”。¹¹⁶

44. 第三，一般而言，国际组织的很多行为可能实际上具有相关性，且有助于识别习惯国际法规则，在这一点上似乎并没有分歧。例如，识别所称适用于维持和平行动的习惯国际法规则的存在与内容时，可能需要考虑到联合国或西非国家经济共同体等组织部署的部队的经验。同样，要确定习惯国际法是否承认政府继承所谓“恶债”的例外，不应忽视世界银行或国际货币基金组织等国际金融机构的惯例。但意见分歧似乎在于这种惯例是否仅仅表明成员国在相关组织内或通过相关组织做了一些什么，或者这是否该组织本身的惯例。虽然此事可能最终似乎主要是理论性的，但国际组织分别的国际法律人格意味着，后一归类法应该更加有理。即使诸如部署维持和平行动或设定贷款偿还条件等行为最终可能是成员国授权并指导的，但行为方是国际组织。换言之，国际组织确实代表其成员国行动，但在这样做时，它们本身成了行为方。不妨回顾欧洲复兴开发银行关于贷款、保障和其他融资协定的标准条款与条件：这些条款承认，在本银行与融资协定一当事方发生争端时可能适用的国际公法渊源包括“……各种形式的国际惯例，包含国家惯例和国际金融机构的惯例，这些惯例具有一般性、连贯性和持续性，从而能创设法律条件”。¹¹⁷

45. 关于确定如何被国际组织接受为法律(法律确信)的问题，似乎没有出现特别困难。结论 10 提及的证据形式可比照适用于国际组织。¹¹⁸ 国际组织高级官员的声明、组织的总顾问的法律意见、组织与成员国(其他方)的通信往来、组织对明确载有习惯国际法规则的条约规定的接受或组织的官方出版物都可以是该组织法律确信的证据。最近的一个例子也许可参看 2017 年 1 月 31 日约 24 个国际组织提交联合国法律顾问的联合声明，其中签署者对委员会国际组织责任条款草案所载的规则所述的法律地位等事项表达了其意见。¹¹⁹

46. 同时，特别报告员同意，对结论草案 4 案文可以做若干改进，以更好反映实际状况，并顾及所提出的关切。为了在现有框架内突出国家惯例的优先地位，同时承认国际组织的惯例可能具有相关性的情况，提议对第 1 和 2 段做若干修正。具体而言，第 1 段中可删除“主要是”和“有助于”，以强化内载的一般性提法。¹²⁰ 在第

¹¹⁶ A/CN.4/659:“习惯国际法的形成与证据：国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素”(2013 年)，意见 13。

¹¹⁷ 欧洲复兴开发银行标准条款与条件(2012 年 12 月 1 日)，第 8.04(b)(vi)(C)节(着重部分由作者标明)。另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，注 19。

¹¹⁸ 另见 Odermatt, “The development of customary international law by international organizations”(上文注 112, 第 493 页)。

¹¹⁹ 对主管法律事务副秘书长兼联合国法律顾问 2016 年 2 月 8 日的请求的回复，该请求是根据联合国大会第 69/126 号决议(2014 年)提出的，征求关于国际组织责任条款草案的意见和信息，可查阅 <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-oxio/e204.013.1/law-oxio-e204-regGroup-1-law-oxio-e204-source.pdf>。

¹²⁰ 在结论 2 里，“被接受为法律的一般惯例”的表述形式已经历百年，在其中增添“国家”两字似乎不可取，而且那样可能不必要地偏离《国际法院规约》中得到广泛接受的有用灵活的用语。

2 段，应添加“可能”一词，以强调所需的谨慎。为了清晰起见，英文案文里对“习惯国际法规则”的提及应为单数形式，以更好显示国际组织的惯例并不都具有相关性。另建议将(两段里的)“形成或表述”改为“表述或创立”，这些用语是国际法院在大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)案中使用的。¹²¹ 先提及表述、再提及创立，也把该段的重点放在识别规则的任务上，这与这个专题的目标更加一致。

47. 第 1 和 2 段修改如下：

1. 作为习惯国际法的构成要素，一般惯例的要求是指以国家惯例来表述或创立习惯国际法规则。
2. 在某些情况下，国际组织的惯例可能也有助于习惯国际法规则的表述或创立。

48. 评注需要作相应修订。提及国际组织的惯例时，先简要解释国际组织与国家不同，用国际法院的话来说，“国际组织由设立这些组织的国家授予权力，权力的范围以这些国家委托其促进的共同利益为尺度”。¹²² 评注随后可解释说，虽然国际组织经常作为国家惯例的舞台或促进者，但有时国际组织在履行国家交给的任务时本身的惯例可能具有相关性。国际组织在国际层面行使国家交给的专属权限或其他权力时，情况可能是如此。将予澄清的是，结论并不表示对习惯国际法规则的分析都必须审查国际组织的惯例，而只是在特定组织主要由于其任务和基本文书的原因而可能直接相关时，其惯例才应予以审议。另外将予解释的是，给予国际组织惯例的分量应取决于一些因素，包括组织成员范围以及成员国对惯例的投入和反应。评注可进一步解释指出，国际组织的惯例在确定适用于组织本身的习惯规则的存在与内容时可能具有特别的相关性。评注也应包含一个总括句，类似于现有评注草案中的一句，¹²³ 说明结论和评注中提及国家惯例(和法律确信)之处应被视为在相关情况下包括国际组织的惯例(和法律确信)。这样，结论本身主要提及国家，将反映国家惯例在此背景下的主导地位，但同时留出空间在国际组织的惯例可能相关的领域和情况下考虑这些组织的惯例。

49. 关于结论第 3 段，建议为统一起见，将“形成”也改为“创立”(并调整在句中的位置)。评注需要顾及所提出的关切，特别是进一步说明“其他行为者”在习惯国际法规则的创立或表述方面没有直接作用，并说明在评估相关惯例时这些行为者的行为可予考虑的情形。另需考虑提及非国家武装团体和跨国公司的问题。

¹²¹ 大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页，见第 46 页，第 43 段(“……应该记得，法院在[1969 年的]判决里曾明确指出，法院分析了相关概念和原则，认为这些概念和原则是表述或创立习惯规则的国家实际惯例的基础”)。

¹²² 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 66 页，第 78 页，第 25 段(提及关于国际组织的“特殊原则”)。特别报告员回顾说，他关于在结论中列入“国际组织”定义的建议(见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 20 段)得到委员会的赞成；评注里确实有这样的定义(A/71/10，结论 4 的评注第(3)段)。

¹²³ 见 A/71/10，第 63 段，结论 4 的评注第(3)段。

结论 5：作为国家惯例的国家行为

1. 收到的评论和意见

50. 对结论草案 5 发表评论较少。智利表示认可结论的措辞，同意评注中的下列澄清：“只有公开或至少有其他国家知晓的惯例”才可予以考虑。¹²⁴ 同样，西班牙建议在评注中“清楚说明惯例必须是公开的或至少为其他国家知晓，以便其他国家有机会提出反对”。¹²⁵ 但美国认为“惯例没有‘公开’或为其他国家所知这一事实……不排除其对习惯国际法的形成与识别的相关性”，并建议删除或修改评注中的相关句子。¹²⁶ 白俄罗斯认为，评注中也许可采用委员会在国家责任条款中采用的把行为归于国家的方法。¹²⁷

2. 特别报告员的建议

51. 特别报告员没有建议对一读通过的结论草案 5 做任何修改，但可提议对评注做一处修改，以更加确切地反映惯例的公开性对习惯国际法的形成与(也许更重要的)识别的重要性。应该记得，在目前框架内提及委员会关于国家对国际不法行为的责任条款中所用的行为归属概念被认为是不恰当的。¹²⁸

结论 6：惯例的形式

1. 收到的评论和意见

52. 虽然结论草案 6 总体上受到欢迎，但大家对起草措辞和实质内容发表了一些评论。俄罗斯联邦同意，在审议习惯国际法时，不同国家机构和政府分支的惯例可能都可作为国家惯例予以考虑，但“不相信各种不同惯例之间没有预先确定的等级”。¹²⁹ 俄罗斯联邦承认，评注的确指出事实上在某些情况下可能存在着此类等级，但建议采用更加笼统的说法，说明“等级存在于垂直权力结构(上级机构比下级机构重要)中，作为有关机构作用的一种要素：执行机构代表在国际舞台上的惯例比国家内政领域的主要责任机构的惯例重要”。¹³⁰ 而斯洛伐克则认为“这两个要素的不同形式的证据之间不应有等级”。¹³¹ 斯洛伐克还“欣见不同形式的惯例和法律确信的列举并非详尽无遗，而是示范性的，留有今后分析新的

¹²⁴ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 99 段。

¹²⁵ 同上，第 106 段。

¹²⁶ 美国书面意见，第 9 页。

¹²⁷ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 4 段。

¹²⁸ 起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 10 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)；另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，注 74 及其中引语。

¹²⁹ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 52 段。

¹³⁰ 同上。

¹³¹ A/C.6/71/SR.23, 第 24 段。

形式的空间”。¹³² 美国同意“如结论草案 6 所述，国家惯例有各种形式”，但认为结论第 2 段所举的国家惯例形式的例子应重新排列，“更加着眼于行动的惯例排在前面，因为这些惯例经常是最可证明的惯例形式”。¹³³ 美国还对此提出了具体建议，并指出按此重新排列“也可能有助于区分惯例与法律确信，因为声明更可能反映后者”。¹³⁴ 美国还提议在第 1 段第二句中增加“可能”一词，“这样做既可与第一和第三句保持一致(两句中都用了“可能”)，又可强调每一国家行为都必须予以评估，以确定其与某一习惯国际法分析是否相关”。¹³⁵ 以色列认为，提及言语作为惯例形式时应该用“有时”一词加以修饰，并建议在评注中清楚说明国家官员“随意或无意识的”言语“不足以用来识别习惯国际法，在这方面不应给予任何分量”。¹³⁶ 奥地利认为结论 6(以及结论 7 和 8)也应述及国际组织的惯例。¹³⁷

53. 对把不作为当作国家惯例一种形式做出评论的所有国家都强调，只有在不作为是故意行为时，这才可被视为惯例。¹³⁸ 在这方面，智利认为，结论草案 6“必须与评注一起解读，以确保恰当理解”，并指出“就构成惯例的国家不作为(即习惯要素)而论，它必须是国家的蓄意行为，清清楚楚地有意为此唯一目的而做出”。¹³⁹ 爱尔兰也对“评注中提出的告诫”表示欢迎。¹⁴⁰ 美国对案文提议若干修正，以进一步“强调不作为构成相关国家惯例的情况很少”。¹⁴¹ 但一些国家建议在结论草案 6 案文内明示提及有意不作为。¹⁴²

54. 关于结论草案提及国家法院的问题，新西兰认为，一般而言，“对于习惯国际法规则的形成或识别来说，只有高级法院的裁决可被视为国家惯例”，并指出“在这方面很难想象已经被高级法院推翻的某一裁决仍然被用作国家惯例的情况”。¹⁴³ 以色列也认为，结论和评注应说明“只有最后、定论的行为(法律、判

¹³² 同上。

¹³³ 美国书面意见，第 11-12 页(建议按下列次序：“执行行为，包括‘实地’作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决；外交行为和信函；与条约有关的行为；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”)。

¹³⁴ 同上，第 11 页。

¹³⁵ 同上。

¹³⁶ 以色列书面意见，第 34 段(解释说，“习惯国际法主要针对的是实际行为，而关于言语的习惯规则十分罕见”)；及第 26-27 段。

¹³⁷ 奥地利书面意见，第 1 页。

¹³⁸ 例如，除了本段提及的国家外，见 A/C.6/71/SR.22，第 7 段(希腊)和第 24 段(墨西哥)。

¹³⁹ 见 A/C.6/71/SR.21，第 100 段。

¹⁴⁰ 见 A/C.6/71/SR.22，第 34 段。

¹⁴¹ 美国书面意见，第 10 页。

¹⁴² 见 A/C.6/71/SR.21，第 27 段(萨尔瓦多也建议在“关于不作为的具体一段”里讨论这一点)；A/C.6/71/SR.22，第 24 段(墨西哥)和第 75 段(阿根廷)；新加坡书面意见，第 10 段(还说，委员会“不妨考虑将‘不作为’改为‘故意不行动’”)；新西兰书面意见，第 16 段；以色列书面意见，第 11 段；荷兰书面意见，第 9 段。

¹⁴³ 新西兰书面意见，第 18 段。

决等等)才可被视为”是相关的,不要造成以下印象:“非最终的行为(如法案、临时措施)也可能说明习惯国际法的存在”。¹⁴⁴ 以色列更具体地指出,“只有高级法院的终局裁定才应得到考虑”,“国家代表的声明只有在以官方身份经适当授权作出时才归属于国家”。¹⁴⁵ 另一方面,澳大利亚认为,“委员会把国家法院的判决当作一种国家惯例、一种被接受为法律的证据,还可能当作是确定习惯规则存在的“辅助手段”,这种做法恰当地反映在结论草案 6、10、13 中”。¹⁴⁶ 希腊建议在评注中进一步澄清对作为一种国家惯例形式的国家法院判决与这种判决作为确定法律的辅助手段的可能作用的区别,因为这种区别“并不明显,而且是在实践中很难做到”。¹⁴⁷ 越南提出了类似的建议。¹⁴⁸

2. 特别报告员的建议

55. 许多国家关切地认为,不作为相当于惯例的情形应有更大的明确度,委员会不妨考虑到这些关切。要做到这一点,可在第 1 段删除“在某些情况下”,同时具体说明不作为必须是“有意的”。这将与目前的评注保持一致,评注中明确指出,“‘在某些情况下’这几个字旨在警示,只有蓄意不采取行动方可[被视为惯例]”。¹⁴⁹ 另提议通过合并第二和第三句改进第 1 段措辞。考虑到所提出的各种建议,该段可改为:

惯例可以有很多种形式,可包括实际行为和言语,以及有意不作为。

56. 特别报告员认为,不一定高级法院的裁决才可作为国家惯例。这样方法会忽视一国(及其司法机关)可能运作的方式。¹⁵⁰ 例如,当事方(不一定包括国家)可能出于各种原因而决定不对低级法院的裁决提出上诉,即使它们不同意裁决,同时高级法院也可能在同意低级法院裁决时行使自由裁量权拒绝审理上诉。同时,一般而言,高级法院的裁决显然应具有更大的分量,而且,如果在相关要点上,低级法院的裁决被高级法院推翻,则前者的就可能失去证据价值。与某些惯例是否反映国家立场的问题有关的情形不妨得到考虑,结论 3 和 7 都承认这一点,而且事实上对此有要求。结论 6 的评注现有案文具体指出“对上级法院可能予以更高的权重”,而且“在具体要点上被推翻的判决不太可能被视为具有相关性”,这一表述可更加明确。此

¹⁴⁴ 以色列书面意见,第 20 段。

¹⁴⁵ 同上,第 24 和 27 段。

¹⁴⁶ 见 A/C.6/71/SR.21,第 19 段。

¹⁴⁷ 见 A/C.6/71/SR.22,第 9 段。

¹⁴⁸ 同上,第 51 段。

¹⁴⁹ 见 A/71/10,第 63 段,结论 6 的评注第(3)段。

¹⁵⁰ 在国家管辖豁免案中,国际法院注意到比利时下级法院的判决,作为其对以国家司法判决为形式的国家惯例的查考的一部分内容,这些判决事关一国是否有权在针对其武装部队在武装冲突中实施所称行为的诉讼程序中享有豁免:国家管辖豁免(德国诉意大利,希腊参与诉讼),判决,《2012 年国际法院案例汇编》,第 99 页,见第 133 页,第 74 段。

外，虽然评注中已经提及国家法院判决的可能的双重作用，¹⁵¹ 但对此可列入进一步指导说明。

57. 关于第 2 段所列可能的惯例形式的次序，现有案文反映了起草委员会的有意选择，起草委员会就此举行了辩论，决定修改原先由特别报告员提议的次序，以便“首先例举国际层面常见的惯例形式，然后再例举国家层面的惯例形式”。¹⁵² 委员会不妨重新审议这一点，以便首先列出最经典的惯例形式。如论如何，所列惯例形式都可比照适用于国际组织。

58. 结论第 3 段指出，各种不同形式的惯例之间没有预先确定的等级。该段意在说明，抽象来看，没有哪种形式的惯例的证明价值高于其他形式的惯例，所有形式的惯例都可能具有相关性。这一点是起草委员会列入的，除了其他用途外，借以说明第 2 段所列惯例形式的次序“并不暗示特定惯例形式预定比其他形式更重要”。¹⁵³ 起草委员会主席指出，第 3 段“并不暗示国家惯例的所有形式都必须具有相同的权重。‘预先确定’一词表示，如果这样的等级存在，就需要予以个案评估”。¹⁵⁴ 结论 3(以及结论 7)讨论了在特定情况下应给予哪种惯例形式更大权重的问题，结论 7 的评注承认“行政机关的惯例往往在国际层面最为相关”。¹⁵⁵ 委员会不妨审议应否保留第 3 段或这一说明是否放在评注中更为合适的问题。

结论 7：评估国家惯例

1. 收到的评论和意见

59. 对结论草案 7 没有很多评论。美国表示关切的是，第 2 段“可能被误解为在习惯国际法方面给予惯例不一致的国家的权重低于给予其他国家的权重”，从而可能与国家主权平等原则相悖。¹⁵⁶ 美国指出，更为确切的是认为“惯例不一致的国家对某一所称规则的证明度可能不如惯例一致的国家对该规则的证明度”，结论草案案文应做相应修正。¹⁵⁷ 以色列指出，结论草案 7 没有反映“惯例上的差异往往[只是]表明该国并不认为自己有义务以任何特定方式行事”这一事实。

¹⁵¹ 见 A/71/10，第 63 段，结论 6 的评注第(6)段。

¹⁵² 见起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 13-14 页，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>(另指出，“所列形式的次序不重要……，次序的选择只是一个起草问题，不意味着特定惯例形式预定比其他形式重要”)；特别报告员的建议，见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 48 段。

¹⁵³ 起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 14 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

¹⁵⁴ 同上。结论 6 的评注针对第 3 段指出，“但是在具体情况中，如结论草案 3 和 7 的评注中所解释的，在结合情境评估不同的惯例形式(或实例)时，应当赋予它们不同的权重”(A/71/10，第 63 段，结论 6 的评注第(7)段)。

¹⁵⁵ 同上，结论 7 的评注第(5)段。

¹⁵⁶ 美国书面意见，第 12 页。

¹⁵⁷ 同上，第 12-13 页。

¹⁵⁸ 以色列建议删除或修改第 2 段，以说明如果一国的惯例不一致，给予惯例的权重将根据情况而定。¹⁵⁹ 俄罗斯联邦认为，为识别习惯国际法的目的，应给予国家机关的惯例不同的权重(行政机关的惯例在国际层面具有优先地位)，因此，原则上，并非一国惯例的所有差异均会削弱惯例的重要性。¹⁶⁰ 荷兰指出在评估一国惯例时必须考虑到非“主流”语言的材料。¹⁶¹

2. 特别报告员的建议

60. 结论 7 提出了评估特定国家的惯例的重要指南。¹⁶² 第 1 段指出应考虑特定国家的所有已知的惯例，作为一个整体进行评估，以确定该国在所称习惯国际法规则方面的实际立场。这一提法有国际法院判例的支持，¹⁶³ 没有人表示反对。第 2 段规定，如果特定国家的惯例不一致，“可减少赋予该惯例的权重”。这是为在某些情况下提供指导，因为在这些情况下，证据显示特定国家不同机关做法不一或同一机关在不同时刻做法不一，在所称规则方面表现出不同的立场。

61. 起草委员会主席在 2014 年解释说，“[结论 7 第 2 段中的]‘可’字意味着，这个问题……需要谨慎对待，因为不一定在所有情况下都能得出这样的[减少赋予一国惯例的权重的]结果”。¹⁶⁴ 特别报告员原先提议的结论草案中没有“可”字，增加“可”字恰恰是为了顾及委员会成员关于惯例形式可能有等级之分以及同一国家的惯例可能不一致的考虑。评注草案也指出，“评估需要审慎地进行，并且不一定所有情况下都能得出同样的结论……举例而言，若同一国低级机关与高级机关的惯例存在差异，则高级机关的惯例不太可能因此而权重降低……中央政府机关的惯例往往会比联邦国家组成单位的惯例或国家次级政府机关的惯例具有更加重要的意义；行政机关的惯例往往在国际层面最为相关，但可能也需要考虑到各所涉机关的宪法地位”。¹⁶⁵ 评注还提及渔业案，国际法院根据具体情形认定“不必过分重视……挪威的惯例中的真实或明显的少数不确定之处或矛盾之处”。¹⁶⁶ 德国对评注中的这一解释表示欢迎，因为这清楚表示并非在一国惯例中观察到的所有不一致之处都应导致降低给予该国惯例的权重。¹⁶⁷

¹⁵⁸ 见 A/C.6/71/SR.22，第 39 段。

¹⁵⁹ 以色列书面意见(2018 年)，第 36 段(也提议对评注做相应的修改)。

¹⁶⁰ 见 A/C.6/71/SR.21，第 52 段。

¹⁶¹ 同上，第 130 段。

¹⁶² 另见起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 14 页，(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

¹⁶³ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 50 段。

¹⁶⁴ 起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 15 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

¹⁶⁵ 见 A/71/10，第 63 段，结论 7 的评注第(5)段。

¹⁶⁶ 同上(也包括国际法院的意见，认为这种不确定或矛盾之处“根据长时间内普遍存在的各种事实和条件可以很容易理解”)。

¹⁶⁷ 见 A/C.6/71/SR.21，第 117 段。

62. 特别报告员同意，第 2 段案文可予改进，以更明确地说明在这些情况下需要谨慎，并顾及所提出的关切，满足相关要求。他建议对结论 7 第 2 段修改如下：

如果特定国家的惯例不一致，可根据情形减少赋予该惯例的权重。

在适当时候将提议对评注的相应修改。

结论 8：惯例必须具备一般性

1. 收到的评论和意见

63. 结论草案 8 得到总体认可，但有人提议对案文和评注做一些修正。俄罗斯联邦认为“一般惯例”一语“可能份量太轻”，主张用北海大陆架案判决中采用的“既定惯例”一语。¹⁶⁸ 俄罗斯联邦还表示希望把“足够普及和有代表性”改为“既普及又几乎统一”。¹⁶⁹ 美国也建议在结论 8 中列入“普及且几乎统一的”标准，“因为这是各国广泛承认的显示某一习惯规则的存在一般必须达到的门槛”。¹⁷⁰ 美国认为，结论草案第 1 段中“足够”一词不足以说明问题，因为没有清楚界定“识别习惯国际法规则所需的国家惯例的数量与质量”。¹⁷¹ 以色列建议在评注中提及关于惯例必须是“几乎统一”的要求，并清楚指出，“给予有这一惯例的国家的权重……必须决定性地大大高于给予没有这一惯例的国家的权重”。¹⁷²

64. 结论中没有明示提及“特别受影响国”，一些国家对此提出批评。中国认为，结论草案 8 和 9 的评注应予扩充，以“强调‘特别受影响国的’惯例和法律确信应得到更加充分的考虑”。¹⁷³ 中国提及国际法院在这方面的判例，并解释说，“任何国家，无论大小强弱，其惯例都应得到充分考虑，前提是该国对特定领域规则的形成有具体利益并产生实际影响；作为‘特别受影响国’，这些国家可在习惯国际法规则的形成方面发挥作用”。¹⁷⁴ 荷兰认为应在结论 8 和 9 正文里提及特别受影响国，而不是仅仅在评注中提及(在评注中仍应对该术语加以“进一步解释”)。¹⁷⁵ 荷兰提到北海大陆架案判决，建议在结论草案中清楚说明“这类国家的惯例和法律确信是识别习惯国际法规则的存在的不可或缺的要素”。¹⁷⁶ 美国也认为，“[结论 8]正文里应提及特别受影响国的重要作用”，并解释说，“关于特别受影

¹⁶⁸ 同上，第 48 段。

¹⁶⁹ 同上，第 53 段。

¹⁷⁰ 美国书面意见，第 13 页。

¹⁷¹ 同上(还说，“至于普及和有代表性的惯例要达到何种程度才‘足够’达到标准，这确实是一个问题”)。

¹⁷² 以色列书面意见，第 29 段。

¹⁷³ 中国书面意见，第 2 页。

¹⁷⁴ 同上。

¹⁷⁵ 荷兰书面意见，第 10-11 段。

¹⁷⁶ 同上。

响国的惯例必须得到考虑的要求是北海大陆架案标准的组成部分”。¹⁷⁷ 美国还关切地指出，按现有措辞，结论草案和评注可能会在这方面造成混淆。¹⁷⁸ 以色列也认为，特别受影响国“对于习惯国际法的形成很关键，因而对于习惯国际法的识别也很关键”，¹⁷⁹ 并指出，这些国家的惯例(和法律确信)“在习惯国际法规则的存在的识别中不仅是一个不可或缺的要素，而且其权重也必须大大超过给予其他国家的惯例的权重”。¹⁸⁰ 以色列建议修改结论草案 8(以及结论草案 9)的案文和评注，以强调这一点。¹⁸¹

65. 美国还建议在结论 8 中“明确承认，在评估所称规则是否习惯国际法规则时，应考虑不支持该规则的国家的惯例”，并指出必须给予这种惯例充分的权重。¹⁸²

2. 特别报告员的建议

66. “一般惯例”(“通例”)这一术语用于《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款，通常用来指习惯国际法的“实质”(或“客观”)要素。该术语也用于结论草案其他处¹⁸³ 和一读通过的评注各处。特别报告员认为结论 8 中应保留这一术语。

67. 关于更清楚地解释在此背景下“一般”的含义问题(这是“在确定习惯国际法规则的存在与内容时用于修饰惯例的基本形容词”¹⁸⁴)，结论 8 正是设法这样做，特别报告员回顾说，结论中现有用词是“受国际法院判例的启发，并反映习惯国际法的灵活性及习惯国际法产生的环境”。¹⁸⁵ 北海大陆架案判决书中采用的“普及且几乎统一”这一词组¹⁸⁶ 只是法院提及一般惯例的要求的方式之一，在同一案件中也用了“既定惯例”一语¹⁸⁷ 和“非常普及和有代表性”等字。¹⁸⁸ 在其他案件里，

¹⁷⁷ 美国书面意见，第 13 页。

¹⁷⁸ 同上(指出“结论草案和评注可能会造成混淆，因为结论草案中把惯例界定为‘一般’性的，没有提及特别受影响国，但随后在评注第(4)段里又说这些国家的惯例是‘一个重要因素’，而仅仅在一条脚注里使用了‘特别受影响国’这一术语”)。

¹⁷⁹ 以色列书面意见，第 29 段(还指出，“如果特别受影响国惯例和法律确信的积累与拟议的规则不符，或不存在这样的规则……这就应作为不存在这种规则的证据。这一方法也反映于国际法院对北海大陆架案的判决第 74 段”)。

¹⁸⁰ 同上。

¹⁸¹ 同上，第 30 段。

¹⁸² 美国书面意见，第 13-14 页。

¹⁸³ “一般惯例”这一术语也出现在结论 2、3、4、9、11、12 和 16 中。

¹⁸⁴ 起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 16 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

¹⁸⁵ 同上。

¹⁸⁶ 北海大陆架，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 43 页，第 74 段。

¹⁸⁷ 同上，第 44 页，第 77 段，以及第 45 页，第 79 段。另见国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 122 页，第 55 段。

¹⁸⁸ 同上，第 42 页，第 73 段(具体提及“在习惯规则被视为已经成为国际法一般规则之前通常被认为是必要的其他要素”)。

法院采用的一般惯例要求是指惯例“一般而言……是一致的”，¹⁸⁹“既定且实质性的”，¹⁹⁰“统一且普及的”，¹⁹¹或“不变且统一的”。¹⁹²

68. 这些表述中没有一种界定识别习惯国际法任何具体规则所需惯例的数量和质量。这些表述无法这样做，的确也没有试图这样做。因此，“足够”一词的修饰可发挥重要作用，帮助进一步指导在特定情况下应如何评估惯例的一般性。¹⁹³该词曾出现于国际法院和其他法院的判决中，其语境也恰恰相应。¹⁹⁴该词可能特别有助于强调某一惯例必须具有充分的一般性，才可产生或表述某一习惯国际法规则，并有助于提供反映国际法这一渊源的内在性质的一定灵活性。

69. 委员会不妨考虑“几乎统一”这一表达方式是否比“一致”这个词能更加精确地反映一般性。特别报告员建议对结论 8 第 1 段修改如下：

有关惯例必须具备一般性，即必须足够普及和有代表性，还必须是几乎统一的。

70. 关于“特别受影响国”，特别报告员回顾说，他在第二次报告里提出，“在能确认‘利益特别受到影响的国家’的情况下，应当对这类国家的惯例给予应有的考虑”。¹⁹⁵第二次报告还载有关于这一点的一个段落草案。¹⁹⁶这在 2014 年全体会议辩论时得到委员会若干成员的好评，但受到其他人的批评。那一年，特别报告员

¹⁸⁹ 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，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 98 页，第 186 段。

¹⁹⁰ 同上，第 106 页，第 202 段。

¹⁹¹ 卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题，案情实质，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 40 页，见第 102 页，第 205 段。

¹⁹² 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决，《1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页，见第 277 页；印度领土通行权案(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决，《1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 40 页。

¹⁹³ 起草委员会主席在 2014 年解释说，“需要有惯例的国家数目可根据情况而异，这一点由‘足够’一词来概括。惯例还需要具有足够代表性的一批国家遵循，而这些国家通常位于不同区域。所需确切的代表性也根据所涉规则而定，这个条件也需要以一些灵活性加以审视”：起草委员会主席的说明(2014 年 8 月 7 日)，第 16 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

¹⁹⁴ 例如，见北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 42 页，第 73 段，以及第 45 页，第 79 段；缅甸湾区域海洋边界划界，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页，见第 299 页，第 111 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，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 98 页，第 186 段，以及第 108 页，第 205 段；2BvR1506/03(德国联邦宪法法院)，2003 年 11 月 5 日第二院命令，第 59 段(“但这种惯例并不足够普遍，不能被视为创立习惯国际法的综合惯例”)。另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 52-53 段，特别是注 154。

¹⁹⁵ 同上，第 54 段(并指出“换言之，对国际惯例进行任何评估时都应考虑到‘比其他国家在更大程度上受有关规则影响或利益牵涉其中’的那些国家的惯例，应当对这种惯例给予很大的权重(在适当情况下，这甚至可以阻止某条规则的形成)”)。

¹⁹⁶ 同上，第 59 段(认为关于惯例一般性的结论应包含一段说明“在评估惯例时，需要对利益特别受到影响的国家的惯例予以应有的考虑”)。

曾解释说，一些批评“不完全有道理。一些成员显然误解了[拟议]的规定的意图，这一规定反映了国际法院的案例法。毫无疑问，他没有想说某些‘大国’或安全理事会常任理事国的惯例对于习惯国际法规则的形成应被视为十分重要。他觉得[报告中的]解释足以澄清该规定的含义，尤其是其用语不是强制性的……而且‘利益特别受影响’的国家类别根据规则不同而异，绝不包括任何特定国家”。¹⁹⁷ 换言之，“特别受影响国”概念对于习惯国际法识别的重要性不应夸大。这并不意味着如一些人所担忧的那样，我们只看特别受影响国的惯例，而只是意味着这些国家的惯例必须得到考虑。鉴于结论 8 的现有措辞可被理解为包含这一要素，特别报告员建议委员会设法调整评注，以顾及所表达的关切。

71. 在特别报告员看来似乎也很明确的是，对一项一般惯例是否存在问题的研究需要考虑到并审查相矛盾或不一致的惯例，“特别是源于那些据称遵循或创立[所称]习惯的国家的惯例”。¹⁹⁸ 评注中可对此作澄清。

第四部分：被接受为法律（法律确信）

结论 9：被接受为法律（法律确信）的要求

1. 收到的评论和意见

72. 一些国家赞赏地指出，对被接受为法律的“第二构成要素性质评述周全”，包括“通过透彻背景分析”明确区分被接受为法律与“作为或不作为的非法律动机，如礼让、政治权宜之计或便利”。¹⁹⁹ 另一方面，奥地利建议在评注中提及“习惯国际法主观构成要素的第二方面即必要确信的重要性”，并指出“学术研究显示国家在其他情况下为非法的某些行为被认为从政治上、经济上或道义上来说是有必要的。”²⁰⁰ 苏丹想强调“法律确信原则必须考虑到世界各地所有现行法律制度”。²⁰¹ 若干其他国家认为应明示提及被特别受影响国接受为法律的重要性。²⁰²

73. 美国建议将第 1 段关于接受为法律的定义(有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感)中“带有”一词改为“出于”。²⁰³ 美国解释说，这一修正将“更加明确地[显示]整个惯例的采用必须是出于一种法律义务感”。²⁰⁴ 此外，美国虽

¹⁹⁷ A/CN.4/SR.3227：委员会第 3227 次会议临时简要记录(2014 年 7 月 18 日)，第 5 页(总结全体会议辩论)。

¹⁹⁸ 借用 Forster、Bengzon、Jiménez de Aréchaga、NagendraSingh 和 Ruda 法官在对下列案件的个别意见中的话：渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 50 页，第 16 段。

¹⁹⁹ 分别见北欧联合书面意见，第 1 页，以及 A/C.6/71/SR.20，第 51 段(芬兰以北欧国家名义)。

²⁰⁰ 奥地利书面意见，第 2 页。

²⁰¹ 见 A/C.6/71/SR.21，第 138 段。

²⁰² 见上文第 64 段。

²⁰³ 美国书面意见，第 7 页。

²⁰⁴ 同上。

然原则上同意“国际法承认国家有某些权利”，但建议在关于被接受为法律的定义中删除明示提及法律权利概念之处。²⁰⁵ 美国解释说，提及“法律权利”不必要，因为“国家通常会把出于‘法律义务感’采用的惯例理解为酌情包含出于法律权利或义务感而采用的惯例”，²⁰⁶ 而且那样也可能造成混淆，因为“暗示为确定国家是否必须以某种方式行动而研究国家惯例和法律确信所用方法也需要用于了解国家可否行动的情况”。²⁰⁷ 因此，美国建议在结论 9 中仅保留只提及法律义务的“一般措辞”，并在评注中作出上述澄清。²⁰⁸ 但其他国家对结论草案 9 中的定义没有保留意见，例如，印度“同意委员会的意见，认为被接受为法律(法律确信)的惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感”。²⁰⁹

2. 特别报告员的建议

74. 关于本专题的第二次报告解释说，国际惯例中和学术讨论中用了各种表达方式来指被接受为法律的要素及其与习惯国际法其他构成要素的关系。²¹⁰ 特别报告员回顾说，在通过结论草案 9 第 1 段现有案文之前，“起草委员会成员也在这方面提出若干起草建议”。²¹¹ 起草委员会主席在 2015 年的一份说明中说，“起草委员会认为，‘采用’一词与先前提议的‘伴有’相比，便于更好理解两个要素之间的密切关联”。²¹² 这一措辞更为可取的原因包括它能显示“所涉惯例如果与习惯国际法的识别有关，不一定要仅仅以法律考量为动机”。²¹³

75. 关于“必要确信”一词，广泛接受的看法是，拉丁文 *opinio juris sive necessitatis*(法律必要确信)是指单一的检测，通常缩略为 *opinio juris*(法律确信)(在国际法院的案例法中也是如此²¹⁴)。这可能“有其自身的意义。一般认为所要求

²⁰⁵ 同上，第 7-8 页。

²⁰⁶ 同上，第 7 页(进一步解释说，“在结论草案中增加‘权利’一词可能会导致误解，使人以为法律权利概念并不包含于‘法律义务感’中”)。

²⁰⁷ 同上(在第 8 页还回顾 *Lotus* 原则，并指出，“国家在合法采用不受法律限制的某一惯例前，无需确立法律确信，也不需要有一般且一致的惯例证明行动为合法”)。

²⁰⁸ 同上，第 8 页。

²⁰⁹ 见 A/C.6/71/SR.24，第 17 段。

²¹⁰ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 54-55 页，第 67 段。

²¹¹ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 7 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

²¹² 同上，特别报告员原先建议用的是“伴有”(特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 56 页，第 69 段)。

²¹³ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 7 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

²¹⁴ 见国家管辖豁免(德国诉意大利，希腊参与诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 122-123 页，第 55 段，以及第 135 页，第 77 段；关于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 页，第 65 和 67 段，以及第 255 页，第 70、71、73 段；大陆架(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决，《1985 年国际法院案例汇编》，第 13 页，见第 29 页，第 27 段；缅甸湾区域海洋边界划界，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页，见第 299 页，第 111 段。法院(也)使用较长的术语时，明示

的是存在着一种对法律的“确信”，即认为法律是或者正在成为关于采取特定行动的要求或授权”。²¹⁵ 仅仅以政治、经济或道义必要性考量为动机的惯例对习惯国际法基本没有贡献，在习惯国际法的识别(可能有别于早期发展)方面无疑如此。²¹⁶ 这并不是说，除了被接受为法律外，这种考量可能不存在。

76. 特别报告员在原先提议的关于被接受为法律的要求定义的案文中提及“法律义务感”；²¹⁷ “在全体会议辩论之后，特别报告员修正了原先的建议，以清楚说明作为相关惯例的基础的不仅有法律义务感，还有法律权利感”。²¹⁸ 的确，如美国所述，根据习惯国际法行使权利的国家“在这样做时，可能在法律上就认为它们有着这样做的法律权利”。²¹⁹ 国际法院也提及相关惯例，“这些惯例出现的方式显示大家普遍承认其中涉及法律规则或法律义务”；²²⁰ 法院还提及“显示相信国家有某种一般权利的惯例”。²²¹

77. 因此，特别报告员认为，一读通过的结论 9 的案文应予保留。在适当时候可提议对评注的修改，以清楚说明，要识别习惯国际法规则，(与一般惯例一起)被接受为法律的情况需要有代表性(而不仅仅是广泛接受²²²)。

结论 10：被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 收到的评论和意见

78. 对结论 10 发表评论的国家主要强调必须特别谨慎对待把不作为当作被接受为法律的证据的情况。²²³ 例如，泰国赞赏地看到结论草案中采用了“较确切的

提及法律义务感：北海大陆架，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 44 页，第 77 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，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 109 页，第 207 段(提及北海大陆架案)。在印度领土通行权案中，法院没有使用较长的拉丁术语，但该术语记录于判决书中，是葡萄牙提出的；法院提及被接受为法律(见印度领土通行权案(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决，《1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 11 和 40 页)。

²¹⁵ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 65 段(引用了 H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2014)78)。

²¹⁶ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第二次报告(A/CN.4/672)，第 46-47 页，第 61 段。

²¹⁷ 同上，第 56 页，第 69 段。

²¹⁸ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 7 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

²¹⁹ 美国书面意见，第 7 页。

²²⁰ 北海大陆架，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 43 页，第 74 段。

²²¹ 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，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 108 页，第 206 段。

²²² 见 A/71/10，第 63 段，结论 9 的评注第(5)段。

²²³ 除下文提及的国家外，见 A/C.6/71/SR.21，第 55 段(俄罗斯联邦)；A/C.6/71/SR.24，第 11 段(印度尼西亚)。

用语：‘经过一段时间而没有做出反应’”。²²⁴ 爱尔兰欣见评注里“清楚说明”不作为可能具有用作被接受为法律的证据价值的具体情形。²²⁵ 中国同意，就本身而言，“不作为不能被视为暗示同意；在确定一国不作为是否故意、因而可否作为法律确信的证据时，应考虑到国家对相关规则的了解及其作出反应的能力”。²²⁶ 澳大利亚强调，“不能指望凡事各国都做出反应，赋予不作为以法律意义必须根据具体情况而定”。²²⁷ 荷兰也建议在评注中注意到一国有可能以秘密方式作出反应，并注意到“国家可能在稍晚阶段对某立场作出解释的作用以及可能保持沉默的情况”。²²⁸ 新西兰指出，不作出反应可能暗示接受为法律，但只在某些情况下如此，而不能按此推断，另外，国家也可能秘密作出反应。²²⁹ 新西兰虽然同意第 3 段的措辞，但建议把评注中“确定的补充要素”放在结论草案正文里。²³⁰ 捷克共和国也关切地指出，结论草案 10 第 3 段现有措辞可能不“足以防止没有公开反对他国某项惯例的国家被错误假定它们接受了一项正在发展的习惯规则”。²³¹ 捷克共和国解释说，“根据国家的权利和义务受影响的范围和程度，没有做出反应有不同意义”，而且，“必须从总体背景来看没有做出反应的问题，如果没有对他国行为做出反应的国家在自己涉及他国的行为中一贯奉行不同做法，则更是如此”。²³² 此外，捷克共和国建议委员会“分析下列两种情况下对相关惯例不作出反应的不同点：一种情况是习惯国际法新规则有可能在尚未有习惯国际法规则的领域创立，第二种情况是潜在的新规则将偏离原有既定习惯规则”。²³³

79. 其他国家建议采用更严格的方法。美国同意，只有在国家能够作出反应、且情形要求有某种反应的情况下，长时间内不反应才可作为被接受为法律的证据，但建议增补一条要求，即不反应的决定“是出于法律义务感”作出的。²³⁴ 以

²²⁴ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 44 段。

²²⁵ 同上，第 34 段。

²²⁶ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 67 段。

²²⁷ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 17 段(并指出，“不应当把不作为当作是接受法律的证据。国家首先需要了解某种惯例，也需要有一段合理的时间做出反应”)。

²²⁸ 荷兰书面意见，第 13 段。

²²⁹ 新西兰书面意见，第 19 段。

²³⁰ 同上，第 20 段(特别提及下列要求：选择不反应的国家“受所述惯例的直接影响，了解这一惯例，并有充分时间和能力作出反应”)。

²³¹ A/C.6/71/SR.21, 第 8 段。

²³² 同上(另解释说，“在某项惯例直接或严重影响其利益时，各国通常都提出公开反对或抗议，在惯例影响许多国家或所有国家的情况下，对是否做出反应和如何做出反应的评估更为多样”)。捷克共和国在书面意见中还说，委员会应更加注意“区分两种情况：一是相关国家不作出反应，而这些国家特别(尤其、直接)与他国某一惯例有关并受其影响，而且知晓作出或不作出反应的法律意义；二是其他国家不作为或不反应，这些国家这样做是基于政治、务实或其他非法律考量，而不是出于习惯法律义务感”：捷克共和国书面意见，第 2 页。

²³³ 捷克共和国书面意见，第 2 页(解释说，“某一习惯规则已经存在的事实是一种稳定因素，通常就不那么有必要对偏离这一规则的其他国家的惯例作出反应(原则是偏离既定规则被视为是违反规则，而不是开始创立新规则)”)。

²³⁴ 美国书面意见，第 10-11 页(建议按此修改结论和评注)。

色列也认为，需要“有证据显示，不反应本身是出于一种习惯法律义务感”，这也意味着评注中应谈及仅仅根据不作为确定被接受为法律的证据有实际困难。²³⁵

80. 关于被接受为法律的证据形式，印度同意，政府法律意见作为被接受为法律的证据可能很有价值，但说，“可能难以甄别这种意见，因为许多国家没有公布其法律官员的法律意见”。²³⁶ 荷兰认为，结论草案 10 提及国家法院的判决之处应以修饰词加以修饰，因为“这些判决只有在不被国家行政部门驳回的情况下才能作为法律确信的证据”。²³⁷ 白俄罗斯认为，“如果一国的行为表明该国在适用某一习惯国际法规则，而这样做时该国放弃了一些好处和利益，那么，这就是被接受为法律的一种证据形式”。²³⁸ 但美国指出，在评估一国的法律确信证据时必须谨慎，“以确定这是否实际上反映一国对习惯国际法现况的看法”。²³⁹

81. 越南指出“结论草案 6 中所列国家惯例形式与结论草案 10 中所列法律确信证据形式的差异”，并建议在这方面作出澄清。²⁴⁰ 大韩民国也认为，虽然“结论 6 第 2 段所列国家惯例形式与结论 10 第 2 段所列被接受为法律的证据形式自然有很大程度的重叠”，但为了避免混乱，也许最好“在术语使用上以及在两条结论中所列各种形式的次序排列上寻求统一”。²⁴¹ 大韩民国还认为，“凡是存在不统一之处，可能也需要作出解释”。²⁴² 荷兰建议在评注中提及国际组织的法律确信。²⁴³ 与奥地利一样，荷兰也认为有必要说明如何识别或创立国际组织的法律确信。²⁴⁴

²³⁵ 以色列书面意见，第 14-15 段。

²³⁶ 见 A/C.6/SR.24, 第 18 段。

²³⁷ 荷兰书面意见，第 12 段(还说，“行政部门认为这样的判决在对外关系上不代表国家在此问题上的立场时，驳回判决的情况可以说是存在的。增加修饰词的考虑是法律确信需要政府不同部门做法一致”)。

²³⁸ 白俄罗斯书面意见，第 3 页。

²³⁹ 美国书面意见，第 15 页。

²⁴⁰ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 50 段。

²⁴¹ 大韩民国书面意见，第 3 段。

²⁴² 同上。

²⁴³ 荷兰书面意见，第 14 段(还说，国际组织法律确信的可能性“产生于这些组织的国际法律人格”)。

²⁴⁴ 奥地利书面意见，第 2 页；荷兰书面意见，第 7 段。

2. 特别报告员的建议

82. 特别报告员同意，被接受为法律的情况决不能轻易根据不作为来推断。²⁴⁵ 这一点反映于结论 10 第 3 段的起草措辞中，²⁴⁶ 并在评注中加以进一步解释。但特别报告员同意，在评注中可进一步强调需要特别谨慎，并明确承认国家在被要求时可能对其沉默作出其他解释。这也许也可使提议增加一条要求的人感到放心，他们提议增加的要求是不作为的动机也应是接受为法律，而这可能会被视为在一定程度上是循环论证。

83. 有人建议在结论 10 的评注中一般性说明被接受为法律的证据必须予以仔细评估，以确定这种证据是否反映国家对其习惯国际法权利或义务的法律看法。特别报告员同意这一建议。进行这种评估时无疑可按照结论 7 的指导方针，考虑到国家不同机关之间可能显示的意见不同。评注也可作下列澄清：结论 10 比照适用于国际组织，因为国际组织可能产生所列证据形式。²⁴⁷

84. 特别报告员认为，结论草案 6 中所列惯例形式与结论草案 10 中所列被接受为法律的证据形式有差异，是很有理由的：每一列表都意在提及与每一构成要素相关的主要例子。委员会如果同意此评估意见，不妨考虑在评注中对此加以解释。

第五部分：某些材料对于识别习惯国际法的意义

结论 11：条约

1. 收到的评论和意见

85. 结论草案 11 得到各国广泛认可，被认为“有帮助，确切反映了条约在这方面的作用”。²⁴⁸ 但新加坡认为，“条约规则可能反映习惯国际法的不同方式的区别在结论草案 11 第 1 段案文中不明显”，建议修改案文，“使这一区别明确反映于结论草案案文里”。²⁴⁹

²⁴⁵ 另见国际刑事法院法官 de Brichambaut 最近在检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·阿尔·巴希尔案中发表少数意见时表达的立场：“虽然在某些情况下沉默或不作为可能相当于默认关于豁免的习惯国际法现有规则，但这种沉默也可仅仅反映豁免的敏感性质以及国家官员不愿在此问题上采取确定的立场”(ICC-02/05-01/09 号决定，根据《罗马规约》第八十七条第(七)款作出，事关南非不遵守法院关于逮捕并移交奥马尔·巴希尔的请求(2017 年 7 月 6 日)，第 91 段)；见 F. Vismara, “Rilievi in tema di inaction e consuetudine internazionale alla luce dei recenti lavori della Commissione del diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 99, No. 4 (2016), pp. 1026–1041。

²⁴⁶ 另见起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 10 页，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/> (“起草委员会也认为，不能指望国家对其他国家的每一惯例行为作出反应。应注意不反应的情形，以确定这些情形表明选择不反应的国家认为所涉惯例与习惯国际法是一致的”)。

²⁴⁷ 另见上文第 45 段及上文注 119；Odermatt, “The development of customary international law by international organizations”(上文注 112)，第 493 页。

²⁴⁸ 新西兰书面意见，第 22 段(具体提及第 1 段中的三个类别)；例如，另见 A/C.6/71/SR.21，第 56 段(俄罗斯联邦)和第 101 段(智利)；A/C.6/71/SR.22，第 62 段(日本)；A/C.6/71/SR.24，第 10 段(印度尼西亚)；A/C.6/71/SR.29，第 66 段(土耳其)；美国书面意见，第 16 段；以色列书面意见，第 38 段。

²⁴⁹ 新加坡书面意见，第 16 段。

86. 俄罗斯联邦认为,最好能澄清已经提及多边协定这一点,并将评注中说明“条约本身无法创立习惯国际法”的句子放到结论草案正文里。²⁵⁰ 白俄罗斯也强调“普遍性多边国际条约”的相关性,而且这种条约可能“‘外溢到’国际习惯中”;白俄罗斯建议进一步研究这一可能性。²⁵¹ 美国建议对评注做一些修改,包括删除提及得到广泛批准的条约特别具有指示性之处,因为这“可能会被误解为得到广泛批准的条约最可能反映习惯国际法规则,而事实并不如此”。²⁵² 以色列也表示类似的关切,同时感到关切的是评注中提及尚未生效或尚未获得普遍参与的条约可能的价值。²⁵³

87. 新西兰赞赏地注意到,结论草案第2段要求在为识别习惯国际法的目的依赖双边条约时持谨慎态度。²⁵⁴ 印度认为,“只有创立基本规范的条约规定才可产生[习惯国际法规则]”,而且,“对某一条约的强烈反对意见,即使只有少数国家强烈反对,也可以是在识别习惯国际法时应考虑的一个因素”。²⁵⁵ 新加坡认为,“不应仅仅由于某一条约里的一项规则被认为反映了习惯国际法,就假定另一条约里措辞类似的规则也反映了习惯国际法”。²⁵⁶

2. 特别报告员的建议

88. 特别报告员认为结论草案11案文无需修改,其中第1段也无需修改,该段列出条约所载规则可能被认为反映习惯国际法的公认的情形。与其他结论一样,评注中不应忽视解释。

89. 评注强调多边条约的相关性,提及“已经几乎获得普遍接受的条约”或“获得绝大多数国家支持而通过”的条约。²⁵⁷ 虽然始终取决于特定情形,但这一点很难否认,对条约中的某些规则来说至少如此。《联合国海洋法公约》、《维也纳条约法公约》、1949年日内瓦四公约和《维也纳外交关系公约》只是少数几个例子。指出参与条约的程度作为可能的重要因素,并不意在以任何方式削弱结论中对确定条约(或其他文书)所载规则反映习惯国际法规则规定的严格要求。特别报告员建议委员会审查评注时考虑到这一点。在这方面,关于条约只对缔约方具有约束力的说明放在评注里很合适。²⁵⁸ 在评注中也许也有必要明示提及国家对条约的态度的相关性,包括在条约缔结时和缔结后的态度。

²⁵⁰ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 56 段; 另见第 109 段(西班牙)。

²⁵¹ 白俄罗斯书面意见, 第 3 页。

²⁵² 美国书面意见, 第 16 页。

²⁵³ 以色列书面意见, 第 38 段。

²⁵⁴ 新西兰书面意见, 第 23 段。

²⁵⁵ 见 A/C.6/SR.24, 第 18 段。

²⁵⁶ 新加坡书面意见, 第 17 段。

²⁵⁷ A/71/10, 第 63 段, 结论 11 的评注第(3)段。

²⁵⁸ 同上, 第(2)段。

结论 12：国际组织和政府间会议的决议

1. 收到的评论和意见

90. 对结论 12 做出评论的国家广泛表示认可。²⁵⁹ 阿根廷指出，结论草案 12“反映了普遍接受的原则”，但认为“应该提高其准确性……特别是措辞应说明软法是否可以使原先存在习惯国际法规则具体化”。²⁶⁰ 智利也建议解释结论草案 12 为何不提及“结论草案 11 中提到的产生或具体化效果”。²⁶¹ 西班牙也提及结论草案 12 与 11 之间的差异，并指出，在此背景下决议的重要性不亚于条约，结论草案 11 中所用的措辞可用于结论草案 12，因为所用措辞“极其灵活，可以适应每项决议和每个国际组织的情形”。²⁶² 总体而言，西班牙认为“结论草案 11 和 12 缺乏平行性，可能是一个问题”。²⁶³ 波兰认为结论草案 12“在国际组织创立习惯规则的作用方面过分具有限制性”，并建议在结论中区分“仅在国际组织内具有约束力的习惯与作为一般习惯规则一部分的习惯”。²⁶⁴ 俄罗斯联邦认可结论草案 12 中采用的方法，但感到怀疑的是，国际组织通过对决议“可被视为该组织的行为，这是相当宽泛的术语，可以不仅包括由国家组成的机构的决定”。²⁶⁵ 另一方面，新西兰认为，在更广的层面审查结论 12 与结论 4 第 2 段的关系时，有必要更加清楚地解释为何决议不被视为相关组织的“惯例”的原因。²⁶⁶

91. 新加坡提议在结论第 2 段增补“在某些情况下”等字，以此仿效国际法院在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中的用语，并进一步说明“并非所有……决议都能为习惯国际法发展提供证据或帮助习惯国际法发展”。²⁶⁷ 美国指出，结论草案和评注确切地反映了“必须高度谨慎对待决议”的意见，也提出了类似的建议。²⁶⁸ 新加坡还认为，在评估相关国家是否有意通过决议承认某一习惯国际法规则的存在时，有必要“考虑国际组织或政府间会议的特定权力、成员和职能”，因此，这些因素应列入结论的评注。²⁶⁹ 白俄罗斯认为，评注中也

²⁵⁹ 除下文提及的国家外，见 A/C.6/71/SR.20，第 52 段(北欧国家)和北欧联合书面意见，第 1 页；A/C.6/71/SR.21，第 9 段(捷克共和国)和第 18 段(澳大利亚)；A/C.6/71/SR.22，第 62 段(日本)；A/C.6/71/SR.24，第 10 段(印度尼西亚)和第 18 段(印度)；A/C.6/71/SR.29，第 66 段(土耳其)；新加坡书面意见，第 18 段；美国书面意见，第 17 页；白俄罗斯书面意见，第 3 页。

²⁶⁰ 见 A/C.6/71/SR.22，第 75 段。

²⁶¹ 见 A/C.6/71/SR.21，第 101 段。

²⁶² 同上，第 108 段。

²⁶³ 同上，第 109 段。

²⁶⁴ 见 A/C.6/71/SR.22，第 31 段。

²⁶⁵ A/C.6/71/SR.21，第 57 段(提及结论 6 和 10)。

²⁶⁶ 新西兰书面意见，第 25 段。

²⁶⁷ 新加坡书面意见，第 19 段。

²⁶⁸ 美国书面意见，第 17 页。

²⁶⁹ 新加坡书面意见，第 20 段。

应提及“国家对决议缺乏明确支持的情况”。²⁷⁰ 苏丹指出，“在评估国际组织决定时，必须把重点放在组织内成员最广泛的机关；只有政府间组织才应得到考虑，通过决定的背景和方式应得到考虑”。²⁷¹ 伊朗伊斯兰共和国认为，国际组织决议的证据基础“尚有疑问，因为这些决议有时是政治机关通过的，不反映法律确信”。²⁷² 越南认为，在提及决议的其他结论中也提及必要的谨慎，可能有帮助。²⁷³

92. 若干国家建议强调大会决议的特别相关性。阿尔及利亚认为，“大会是各国几乎普遍参加的全体会议机构，是合法和权威的国际法来源，正如结论草案 12 的评注中所指出的那样，大会各项决议不仅应该得到特别重视，而且应该在国际组织和政府间会议决议的范围内作为一个独特类别”。²⁷⁴ 俄罗斯联邦认为，结论草案“应反映组织行为的权威性取决于其普遍性和在国际关系中的地位”，因此也认为案文里也许可直接提及联合国。²⁷⁵ 埃及也强调，“大会决议的特别重要性，因为大会成员是世界性的”。²⁷⁶ 北欧国家觉得，评注中可进一步说明“联合国大会的独特性质及其与其他国际组织的差别”以及“大会决议内容和通过的条件的重要性”。²⁷⁷

2. 特别报告员的建议

93. 结论草案 11 和 12 在结构和用词方面缺乏平行性是起草委员会有意的选择。国际法委员会认为从一开始就必须强调，决议不能创立习惯国际法规则，这样既消除有时出现的误解，也帮助在第 2 段更清楚地说明决议的实际意义。²⁷⁸ 在第 2 段，“发展”一词涵盖决议在产生习惯国际法或使之具体化方面的作用。评注的确已清楚说明，“与条约条款一样”，决议也可推动习惯国际法发展，或使习惯国际法具体化。²⁷⁹ 评注还更加笼统地指出，“结论草案 11 中对条约的大部分

²⁷⁰ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 4 段；另见白俄罗斯书面意见，第 4 页(解释说，“甚至连协商一致通过的决议也可能不是法律确信的证据，而是反映大多数国家对决议所涉问题缺乏兴趣，或其规定缺乏十分普遍的性质，因而这些决议事实上没有法律效果”)。

²⁷¹ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 141 段。

²⁷² 见 A/C.6/71/SR.23, 第 15 段。

²⁷³ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 50 段。

²⁷⁴ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 30 段。

²⁷⁵ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 57 段。

²⁷⁶ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 41 段。

²⁷⁷ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 52 段；北欧联合书面意见，第 1 页(也指出，“也如特别报告员在第三次报告中所述，大会决议作为习惯国际法的证据或推动力，可具有特别相关性。但如报告所述，在确定这种决议的规范价值时，需要谨慎，因为‘大会是一个政治机关，其行为的司法意义经常很不清楚’”)。

²⁷⁸ 另见起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 13 页(“在特别报告员第三次报告中原先提案第二句提法略有不同。考虑到这一点对本专题的重要性，起草委员会认为应作为专门一段谈论的议题，并置于结论草案最前面”)。

²⁷⁹ 见 A/71/10, 第 63 段，结论 12 的评注第(7)段。

说明都适用于决议”。²⁸⁰ 结论的重点是决议可能可用作识别习惯国际法的证据，这也意味着，结论不讨论(至少不直接讨论)国际组织在创立或表述这种规则方面的直接作用。²⁸¹ 从这个意义上来说，这与结论草案 4 是一致的，或也许更确切地说，与结论草案 4 不冲突。

94. 评注已经指出，“在此，对于大会的决议给予特别关注，因为大会是一个几乎获得普遍参与的全体机构，可提供一种方便的途径来审查其会员的集体意见”。²⁸² 尽管如此，特别报告员同意，评注可进一步强调大会决议的潜在重要性。评注也可更清楚地区分国际组织的决议与特设国际会议的决议，²⁸³ 并可具体说明结论不直接讨论国际组织的内部法。

95. 特别报告员也同意，如果采用某种修饰语，如“在某些情况下”，结论 12 将更好反映决议的潜在作用。²⁸⁴ 若干国家谈到的这种情况在评注中已予提及。另外最好把英文本里“establishing”(“确定”)改为“determining”(“确定”)，以便在整条结论中取得更大一致性。²⁸⁵ 因此，结论 12 第 2 段修改如下：

国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可在某情况下为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。

结论 13：法院和法庭的判决

1. 收到的评论和意见

96. 虽然结论草案 13 得到普遍支持，²⁸⁶ 但若干国家对国家法院判决与国际性法院判决的区别发表了评论。奥地利对这种区分的必要性表示怀疑，并解释说，“《国际法院规约》第三十八条没有这样做，并且区分也没有充分注意到国家法院的重要判决，而结论草案 6 确认，国家法院的重要判决是一种国家惯例，对形成习惯国际法具有重要意义”。²⁸⁷ 奥地利还说，“不论是国际性法院和法庭的判决，还是国家法院的判决，[用作确定法律规则的辅助手段]，只因为它们具有不

²⁸⁰ 同上，第(3)段。

²⁸¹ 在结论题为“某些材料对于识别习惯国际法的意义”的第五部分列入结论 12 使这一点更加清楚。

²⁸² 见 A/71/10，第 63 段，结论 12 的评注第(2)段。

²⁸³ 另见美国书面意见，第 19 页；Blokker，“International organizations and customary international law”(上文注 22)，第 9 页。

²⁸⁴ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682)，第 54 段(特别报告员提议的在结论中包含“在某些情况下”等字的案文)。

²⁸⁵ 动词“determine”(“确定”)在结论 1、2、13、14 和 16 的可比语境里使用。

²⁸⁶ 例如，见 A/C.6/71/SR.21，第 9 段(捷克共和国)；新加坡书面意见，第 21 段；白俄罗斯书面意见，第 3 页。

²⁸⁷ 见 A/C.6/71/SR.21，第 72 段。

同的说服力，所以才可能加以区别”。²⁸⁸ 奥地利还认为，在实践中保持国际性法院与国家法院的严格区分有困难，并指出“如欧洲人权法院和欧洲联盟法院等区域法院既是国际性法院，又是准国家法院，甚至是宪法法院”。²⁸⁹

97. 另一方面，越南指出，很难坚持认为国家法院的判决与国际性法院的判决具有同等价值，后者(特别是国际法院的判决)应具有更大的权重。²⁹⁰ 中国认为，国家法院的判决“仅仅反映所涉国家的法律制度，因此，对国际法的影响有限”。²⁹¹ 新西兰认为，“国际性法院和法庭的判决作为辅助手段应具有更大权重”，并建议“在结论草案 13 正文里更直接地反映这一点”。²⁹² 苏丹指出，“国际法院的判决至关重要，不能被视为与其他国际性法院的判决具有同等的权重”。²⁹³ 俄罗斯联邦似乎也持这一看法。²⁹⁴ 墨西哥认为有必要说明“国际性法院的判决[作为确定习惯国际法规则的辅助手段]的证据价值是否高于国家法院的判决”。²⁹⁵ 印度尼西亚强调，司法判决的真正意义在于其被接受的方式。²⁹⁶

98. 俄罗斯联邦认为，结论 13 的评注应清楚说明国际性法院和法庭的判决只对案件当事国具有约束力，这些判决不能作为识别习惯国际法的决定性证据。²⁹⁷ 俄罗斯联邦还认为，结论正文里应采用评注中已有的类似表达方式：“法院判决的份量取决于各国对判决的接受程度以及法院在国际关系系统中的地位”。²⁹⁸ 美国提议在评注中进一步澄清司法判决作为辅助手段的价值的限制性，(就此提出了若干建议)，并解释说，这“可有用地协助读者更加严谨地评估”法院和法庭关于习惯国际法的意见。²⁹⁹ 西班牙建议从结论两段中删除“辅助”一词，解释说，司法判决(或学说)“不是独立的国际法渊源，而是独立渊源的辅助，这并不意味着，在这种法律确定方面，它们发挥的作用就次于条约和国际组织的决议”。³⁰⁰

²⁸⁸ 同上，第 73 段。

²⁸⁹ 同上，第 74 段。

²⁹⁰ 见 A/C.6/71/SR.22，第 51 段(解释说，“国家法院在国家特有限制及在国内法优先原则上情况各异”)。

²⁹¹ 见 A/C.6/71/SR.20，第 68 段。

²⁹² 新西兰书面意见，第 26 段。

²⁹³ 见 A/C.6/71/SR.21，第 140 段。

²⁹⁴ 同上，第 58 段(指出，“国际法院的裁决几乎不可能与特设法庭或根据双边协定所设仲裁法院的裁决等量齐观”)。

²⁹⁵ 见 A/C.6/71/SR.22，第 25 段。

²⁹⁶ 见 A/C.6/71/SR.24，第 11 段。

²⁹⁷ 见 A/C.6/71/SR.21，第 58 段。

²⁹⁸ 同上。

²⁹⁹ 美国书面意见，第 18 页。

³⁰⁰ 见 A/C.6/71/SR.21，第 110 段。

2. 特别报告员的建议

99. 特别报告员认为,结论草案 13 现有措辞代表了令人满意的平衡,应予保留。具体而言,似乎很难否认在寻求依赖国家法院判决时需要更大的谨慎,因为国家法院判决可能反映特定国家的视角,而且国家法院可能没有国际法专长。这一点已反映于结论案文中,两类判决的区分以及对每一类的用词不同都是出于这一考虑(第 1 段特别明示提及国际法院,第 2 段用了“也可酌情考虑”等字)。起草委员会主席在 2015 年说,“在全体会议辩论期间,若干成员告诫说,就习惯国际法规则识别方面的价值而言,不应把国家法院判决抬高到与国际性法院和法庭的判决相同的地位,国际性法院和法庭在这方面实际上发挥更大的作用”。因此,起草委员会决定在两个分别的段落里讨论国际性法院和国家法院的判决。³⁰¹同时,评注清楚说明,所有判决的价值都可能不同,“取决于每项判决的推理过程……以及各国及其他法院对判决的接受程度”。³⁰²评注还解释说,“国际性法院和各国法院之间的区别并不总是那么明确”,并就此提供了一些指导。³⁰³

100. 另应记得,采用“辅助手段”来指法院和法庭的判决,“用意不是淡化这种判决的实际重要性,虽然‘辅助’一词可能被认为有这种暗示,但使用该术语是为了顾及法院判决与《国际法院规约》第三十八条第一项(子)、(丑)和(寅)款提及的法律渊源的相对地位。因此,“辅助”一词应被理解为相对于主要渊源而言的地位”。³⁰⁴评注对此作了澄清。³⁰⁵委员会不妨对此进行审查,以确认其充分性。对评注的其他微小修改可根据上述建议予以考虑,包括增加一条说明,指出国际性法院和法庭的判决只对当事方具有约束力。

结论 14: 学说

1. 收到的评论和意见

101. 若干国家对一读通过的结论草案 14 表示支持。³⁰⁶同时,西班牙建议从案文里删除“辅助”一词,以更好反映学说在识别习惯国际法规则方面的作用。³⁰⁷另一方面,中国指出,“虽然公法学家的观点在历史上被当作国际法的重要基础”,但现在情况不再如此。³⁰⁸以色列认为,结论的评注应澄清一点:参考的学说应该是“详尽的、实证的、客观的”。³⁰⁹美国指出,评注应“建议借鉴这些辅助

³⁰¹ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日),第 15 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

³⁰² 见 A/71/10,第 63 段,结论 13 的评注第(3)段,其中也提及其他可能的考量。

³⁰³ 同上,第(6)段。

³⁰⁴ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日),第 15-16 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

³⁰⁵ 见 A/71/10,第 63 段,结论 13 的评注第(2)段。

³⁰⁶ 例如,见 A/C.6/71/SR.21,第 9 段(捷克共和国)和第 101 段(智利);白俄罗斯书面意见,第 3 页。

³⁰⁷ 见 A/C.6/71/SR.21,第 110 段。

³⁰⁸ 见 A/C.6/71/SR.20,第 68 段。

³⁰⁹ 以色列书面意见,第 32 段。

手段的人主动参考相矛盾或不同的观点，以便以最精确的方式评估法律”，使学者们关于习惯国际法的观点得到更为严谨的评估。³¹⁰

102. 白俄罗斯建议在评注中“说明委员会的工作是确定习惯国际法规则的最重要的途径之一”。³¹¹ 另一方面，智利认为，结论 12 段可以是提及委员会工作之处，“因为一般说来一旦国际法委员会完成关于草案的工作，大会就采取步骤通过草案，把它列作决议的附件”。³¹²

2. 特别报告员的建议

103. 特别报告员认为必须保留提及学说为“辅助手段”之处，这是《国际法院规约》中得到广泛接受的用语(委员会特意使用该词语³¹³)。该术语概括了这些材料在识别习惯国际法方面有限作用。同时，可考虑对评注做一修改，以更清楚地解释“辅助手段”一词不是表示学说在实践中不重要(与结论草案 13 的评注中对法院和法庭的判决已采用的描述一样³¹⁴)。

104. 评注已经明确指出，借鉴论著时，需要特别谨慎，原因包括论著“可能反映作者本国立场或其他个人的立场”，并且“质量参差不齐”。³¹⁵ 评注还着重指出“尽可能考虑可代表各主要法律体系和全球各区域以及各种语言的论著”的重要性。³¹⁶ 特别报告员认为没有必要为评估任何论著的权威性提供进一步指导，同时要记住结论中的用语(“可”字)。

105. 特别报告员回顾说，委员会内部已经展开广泛的辩论，探讨何为最合适的方式反映委员会产出在识别习惯国际法方面的特别意义。³¹⁷ 特别报告员原先的建议是在“学说”栏目下讨论委员会的产出，³¹⁸ 但又觉得更可取的做法是承认委员会的产出在重要方面有别于学者的论著，并在结论草案 14 中另行对此作出解释。特别报告员认为，这样做的最合适的地方是在总评注中介绍结论第五部分之处，并注意到各国普遍对此表示支持。虽然如此，委员会不妨在结论 14 的评注中交叉参引总评注中所述相关要点。

第六部分：一贯反对者

³¹⁰ 美国书面意见，第 18 页。

³¹¹ 见 A/C.6/71/SR.23，第 3 段；另见白俄罗斯书面意见，第 4 页。

³¹² 见 A/C.6/71/SR.21，第 101 段(还说，“无论如何，结论草案应有一条具体提到国际法委员会”)。

³¹³ 另见起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 17 页(可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>)。

³¹⁴ 见 A/71/10，第 63 段，结论 13 的评注第(2)段。

³¹⁵ 同上，结论 14 的评注第(3)段。

³¹⁶ 同上，第(4)段。

³¹⁷ 另见 A/CN.4/SR.3303：委员会第 3303 次会议临时简要记录(2016 年 5 月 24 日)，第 9 页。

³¹⁸ A/CN.4/682：关于习惯国际法的识别的第三次报告(2015 年)，第 45 页，第 65 段。

结论 15：一贯反对者

1. 收到的评论和意见

106. 结论草案中列入一贯反对者规则的做法得到就此问题发表评论的几乎所有国家的认可。³¹⁹ 新加坡“确认结论草案 15 第 1 段所述‘一贯反对者’原则，并认为其存在为现行法”。³²⁰ 印度尼西亚“也认为，司法判决和国家惯例已证实”此规则的存在。³²¹ 土耳其赞赏地注意到“评注中引用了许多实际例子”。³²² 另一方面，塞浦路斯和大韩民国虽然不一定反对列入这一规则，但认为这仍然有争议。³²³

107. 若干国家认为应更加明确地提出一贯反对者规则被滥用的风险。一些国家表示，该规则不能适用于具有强行法性质的规则的情况，并建议在结论或评注中说明这一点。³²⁴ 其他国家欣见评注草案中包含“不影响”段落。³²⁵ 希腊感到疑惑的是，这一规则的适用性“不仅涉及强行法规则，而且也涉及更广泛类别的国际法总则”，并建议在评注中澄清这一点。³²⁶ 北欧国家表示了类似的想法，认为“在这方面必须特别注意一国反对的规则的类型，并必须考虑普遍尊重基本价值观，特别是保护个人的价值观”。³²⁷ 白俄罗斯支持一贯反对者规则，也认为该规则的适用不应有损于国际社会或“整个国际法体系的完整性”。³²⁸ 有人还表示，一贯反对者规则决不能用于规避条约义务的目的。³²⁹ 萨尔瓦多建议在结论中

³¹⁹ 例如，见 A/C.6/71/SR.20, 第 52 段(北欧国家)和北欧联合书面意见，第 2 页；A/C.6/71/SR.21, 第 9 段(捷克共和国)，第 28 段(萨尔瓦多)，第 59 段(俄罗斯联邦)，第 75 段(奥地利)，第 102 段(智利)；新西兰书面意见，第 27 段；白俄罗斯书面意见，第 4 页。

³²⁰ 新加坡书面意见，第 23 段。

³²¹ 见 A/C.6/71/SR.24, 第 11 段(还说，“一贯反对者的作用对于维持习惯国际法的合意性质的确很重要”)。

³²² A/C.6/71/SR.21, 第 23 段。

³²³ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 53-54 段(塞浦路斯认为“就此问题拟订结论草案的时机尚不成熟”，原因是“国际判例在很大程度上仅在附带意见中并在该规则当时没有取得习惯国际法地位的案列中处理了这一事项”；塞浦路斯还说，“这一问题需要进一步阐述，因为[不同意见]对该规则的权威有影响”，但表示支持结论中的一些说明)；A/C.6/71/SR.23, 第 12 段(大韩民国)和大韩民国书面意见，第 5 段(认为“这一学说对国际法创立规范过程有很大影响，因此需要非常慎重地加以进一步审查”)。

³²⁴ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 28-29 段(萨尔瓦多)和萨尔瓦多书面意见，第 3 页；A/C.6/71/SR.21 第 102 段(智利)和第 111 段(西班牙)；新西兰书面意见，第 28 段。

³²⁵ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 18 段(巴西)，北欧联合书面意见，第 2 页；新加坡书面意见，第 25 段；白俄罗斯书面意见，第 2 页。

³²⁶ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 10 段；另见同上，第 54 段(塞浦路斯)。

³²⁷ 北欧联合书面意见，第 2 页；另见 A/C.6/71/SR.20, 第 52 段(北欧国家)。

³²⁸ 白俄罗斯书面意见，第 4 页。

³²⁹ 见 A/C.6/71/SR.20, 第 69 段(中国)；另见 A/C.6/71/SR.21, 第 28 段(萨尔瓦多)。

“明确指出，如果某一习惯国际法既定规则已经存在，国家就不能利用一贯反对者规则”。³³⁰

108. 特别受关注的问题是，需要在何种程度上重申对某一规则的反对。中国认为，评注在说明不指望国家在每一场合都作出反应时，总体而言，“与国际惯例是一致的”，但认为，“相关国家如果先前在适当时候曾经表示过明确的反对，就无需再次这样做”。³³¹ 以色列认为应清楚说明，“如果某一主权国家在一习惯规则形成过程中曾经明确表示反对，那就充分确立了反对立场，一般无需重复即可保持反对的效力”。³³² 荷兰也认为，“如果国家在某规则形成期间已充分明确地表示自己希望不受该规则的约束，则此后就没有义务重复这一愿望”；荷兰还说，“从理论上或逻辑上来说”，不能不是这样。³³³ 另一方面，北欧国家同意必须坚持反对立场的结论草案案文；³³⁴ 智利也指出，“反对者有责任确保其反对立场不被认为已经放弃”。³³⁵ 美国也同意，评注草案中关于确定某一反对立场是否得到一贯维持所需的评估意见是务实的(但认为所举关于“反对国可在出席再次肯定该规则的会议时重申其反对立场”的例子可能会误导，最好予以删除)。³³⁶ 俄罗斯联邦虽然认可结论草案 15，但补充说，反对立场要一贯坚持的必要性并非没有困难，因为“考虑政府机构的运行很重要，不仅要考虑井然有序的发达国家的政府机构，也要考虑外交部很小、即使在直接涉及其利益的情况下也没有资源一贯坚持其反对立场的国家的政府机构”。³³⁷ 白俄罗斯认为第 2 段“应按照结论草案 10 第 3 段的措辞改写，以提及各国能够作出反应的情况以及要求作出这种反应的情况”。³³⁸ 塞浦路斯要求澄清一点：反对立场“是否可以长期保持，尤其

³³⁰ 见 A/C.6/71/SR.21，第 28 段。

³³¹ 中国书面意见，第 3 页(并指出“确定一国是‘一贯反对者’，应视具体情况而定，综合考虑各种因素，包括特定情况下相关国家是否能够表达其反对立场”)。在第六委员会辩论时，中国说，“一个国家不反对新出现的习惯国际法规则不能被认为构成对该规则的接受，除非已经确定该国已经知道该规则，并且该国有义务明确且持续地表示反对以便不接受该规则”(A/C.6/71/SR.20，第 69 段)。

³³² 以色列书面意见，第 17 段(在第 18 段还建议在结论和评注中“列入关于收回反对立场的明确准则，规定国家法律确信的改变必须加以清楚表达，并告知其他国家，而不仅仅是仅仅凭借推断”)。

³³³ 荷兰书面意见，第 15 段(解释说，“一贯反对者的立场通过所需步骤得以表达，同时习惯规则得到确立，此后，这一立场无需进一步特意维持，即无需继续表示反对……规则实际上恰恰相反：只有在一贯反对者随后的做法或表达的法律意见支持‘新’规则并偏离其作为一贯反对者的原先立场时，它才会失去原来的立场”)。

³³⁴ 北欧书面意见，第 2 页。

³³⁵ 见 A/C.6/71/SR.21，第 102 段。

³³⁶ 美国书面意见，第 18-19 页(解释说，“一国需要在特定会议上坚持其作为对其他国家接受的某一习惯国际法规则的一贯反对者的立场的情况即使有的话，也是极少的。例如，一国可能不愿在外交会议上发表声明，这样做可能出于各种政治或实际原因，而不反映法律意见；如果说会议之后发表的声明与会上发表的声明不具有相同的习惯国际法效果，那似乎是奇怪的。总之，所举例子可能有误导作用，使人以为国际会议作为与习惯国际法的形成有关的惯例的论坛特别重要，而我们认为事实并非如此)。

³³⁷ 见 A/C.6/71/SR.21，第 59 段。

³³⁸ 见 A/C.6/71/SR.23，第 4 段；另见白俄罗斯书面意见，第 4-5 页。

是在一项正在形成的规则已经成为国际法体系的组成部分之后”；³³⁹ 希腊也表示将欢迎就此作出澄清。³⁴⁰

2. 特别报告员的建议

109. 通过结论草案 15 及其评注时就特别考虑到需要防止出现滥用一贯反对者规则的情况。³⁴¹ 第 1 段要求在一项习惯国际法规则的“形成过程中”对其表示反对，这清楚表示及时性很关键，一旦规则形成，嗣后反对将无助于希望免受约束的国家。³⁴² 第 2 段规定了进一步的“严格的条件”。³⁴³ 也很清楚的是，条约义务不能通过援引一贯反对者规则而予以排除。关于该规则对强行法不适用的问题，特别报告员回顾说，委员会早先曾商定，强行法不在本专题范围之内。委员会现在正在审议关于“一般国际法的强制性规范(强行法)”的一个单独的专题。³⁴⁴ 尽管如此，委员会不妨考虑在结论中列入评注第(10)段已有的要点，即增补以下第 3 段：

本结论不影响一般国际法的强制性规范(强行法)的任何问题。

110. 一种意见是，明确表达的单一反对立场应足以保持一贯反对者地位。从国际法严格的唯意志主义角度来看，这种意见很有吸引力，但不仅有悖于对一贯反对者规则(及其名称)的普通理解，也有悖于习惯作为国际法渊源运作的方式。具体而言，这种看法“似乎忽视了有时候沉默(在其相当于默许之时)所具有的法律力量，而且贬低了不作为在习惯国际法规则的发展和识别方面的作用”。³⁴⁵ 的确，

³³⁹ 见 A/C.6/71/SR.22, 第 54 段。

³⁴⁰ 同上，第 11 段。

³⁴¹ 另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 27 段。

³⁴² 评注中作了进一步澄清：A/71/10, 第 63 段，结论 15 的评注第(5)段。

³⁴³ 同上，第(2)段。另见 A/C.6/71/22, 第 54 段(塞浦路斯说，“如结论草案清楚说明的那样，援引一贯反对者规则的国家有责任在所涉规则具体化之前出具可靠证据显示其长期反对该规则的立场”)。

³⁴⁴ 见起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 20 页，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/> (“关于应否增加一段反映一贯反对者地位不可能适用于强行法的问题，起草委员会举行了简短的讨论。这个问题在全体会议上也曾提出。应该记得，委员会决定在本专题范围内不讨论强行法问题；的确，‘强行法’现在是委员会工作方案内的另一单独的专题。因此，此事最好在另一专题的框架内处理”)。

³⁴⁵ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 28 段。

一贯反对是需要的，这一点已得到国际惯例的承认，³⁴⁶ 得到学说的承认，³⁴⁷ 也得到委员会的承认，见委员会 2011 年《对条约的保留实践指南》。³⁴⁸ 如评注所述，一贯反对意味着，只要相关国家坚持反对立场，所涉习惯规则就对其不适用。³⁴⁹

111. 同时，一些国家赞赏地注意到，³⁵⁰ 一读通过的评注清楚说明，评估一贯性要求“需要用现实的方式……，并牢记每起案件的实际情况”。³⁵¹ 评注中还规定，“不应期待国家在每个场合作出反应，尤其是在其立场已广为知晓的情况下”。³⁵²

第七部分：特别习惯国际法

结论 16：特别习惯国际法

1. 收到的评论和意见

112. 对结论草案 16 发表评论的大多数国家表示认同，但对如何改善案文和评注也提出了各种建议。新西兰建议把目前放在评注中的一条解释列入结论正文中，

³⁴⁶ 例如，见 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (德国联邦宪法法院)，第 46 卷，Beschluss vom 13. Dezember 1977 (2 BvM 1/76), Nr. 32 (Tübingen, 1978)，第 388-389 页，第 6 段(“这不仅事关一国从一开始就以持续申明权利的方式能成功地反对适用某现有国际法一般规则(如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)”；*Siderman de Blake* 诉阿根廷共和国，美国第九巡回上诉法院，965F.2d(1992)，699, 715，第 54 段(“一贯反对其他国家接受的某一习惯国际法规范的国家不受该规范的约束”)；*Domingues* 诉美国，美洲人权法院报告第 62/02 号，第 12.285(2002)号案件，第 48 和 49 段(“一条习惯国际法规范一旦确立，即对所有国家具有约束力，只有在此惯例成为法律之前一贯反对的国家除外”)；毛里求斯共和国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》附件七的仲裁)，毛里求斯共和国的答复(2013 年)，第 124 页，第 5.11 段(“一贯反对者规则要求国家在所涉规范形成期间一贯表示反对”)。另见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682)，注 211。

³⁴⁷ 例如，见 G. Gaja, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 364 (2012), p. 43 (“法院[在渔业案(联合王国诉挪威)中]认为相关的反对立场不只是简单的对某一规则表示消极态度，而是反对‘试图适用’该规则，并暗示这种试图已失败”)；J. Crawford, 同上，vol. 365 (2013), p. 247(“一贯反对……必须是一致的，明确的”)；M.H. Mendelson, 同上，vol. 272 (1998)，p. 241(“抗议必须予以保持。这一点在‘一贯’一词中确实已有暗示……如果曾经表示反对的国家不重申反对立场，也许可以(根据情形)假定该国已经放弃其反对立场”)；O. Elias, “Persistent objector”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006)，第 16 段(“一国如果不维持其反对立场，就可被认为已经默许”)。最近关于重申反对立场的程度要求的实际和政策考量分析，见 see J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2016), pp. 96–98。

³⁴⁸ 对条约的保留实践指南，准则 3.1.5.3 的评注第(7)段：《2011 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)(“‘一贯反对者’可以采用保留的方式显示其一贯反对态度；反对者当然可以反对通过条约对其适用依据一般国际法不能对其援引的规则”)。

³⁴⁹ 见 A/71/10，第 63 段，结论 15 的评注第(6)段。

³⁵⁰ 例如，见新加坡书面意见，第 24 段；美国书面意见，第 18 页。

³⁵¹ 见 A/71/10，第 63 段，结论 15 的评注第(9)段。

³⁵² 同上。

这条解释是：相关国家是指所涉特别习惯国际法规则在它们之间适用的国家。³⁵³ 美国也建议在结论中说明相关国家之间寻求的法律确信是它们在彼此之间接受某种惯例为法律的确念(而不是“误认为该规则是一般习惯国际法的一条规则”)。³⁵⁴ 荷兰认为，第 1 段中“适用”一词应予避免，以防止混乱。³⁵⁵ 捷克共和国指出，结论应该“应当申明，仅在特定组别的国家中施行的任何特别习惯国际法规则，未经第三国同意，不能为第三国创设义务或权利”。³⁵⁶ 腊赞同评注中对两要素法更严格地适用于特别习惯法规则的情况所作出的澄清，并表示，“在这方面对新的特定惯例和减损的特定惯例进行区分也许是有益的，因为后者的举证标准更为严格”。³⁵⁷ 俄罗斯联邦明确表示赞同结论草案的措辞，并表示，适用于特别习惯国际法规则构成要素的规则问题也许应予以进一步审查，“包括存在一个反对国时，是否可以形成一种特定的习惯”。³⁵⁸

113. 两个国家对第 1 段中关于特别习惯国际法的定义提出异议，认为某些要素不反映现况。美国说，“评注没有提供任何证据说明国家惯例已经普遍承认双边习惯国际法或涉及没有某种区域关系的国家的特别习惯国际法存在”，并指出，这些仅仅是“理论概念，尚未成为公认的国际法的内容”。³⁵⁹ 美国还说，如果要在结论草案中保留这一可能性，评注就“应清楚说明这些概念……构成逐步发展的例子”。³⁶⁰ 捷克共和国表示了类似保留，但仅针对可在由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来的国家之间施行的特别习惯国际法规则。捷克共和国还指出评注中没有提供具体例子，并认为评注没有清楚说明关于“共同的事业、利益或活动……或……利益共同体”的准则在实践中如何适用。³⁶¹ 捷克共和国建议要么在评注中作出进一步澄清，要么删除提及这种规则之处。³⁶²

114. 但就此发表评论的多数国家同意，特别习惯国际法规则可在由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来的国家之间施行。北欧国家同意，虽然“适用特别习惯国际法规则的国家之间在地理上往往存在某种程度的密切关系……但原则上，特别习惯国际法可在由其他共同的事业、利益或活动联系起来的国家之间发展”。³⁶³ 北欧国家同时想强调，“这种共同性质在相关国家之间应该十分

³⁵³ 新西兰书面意见，第 30 段(尤其强调“在所有这些国家之间惯例必须是一致的”)。

³⁵⁴ 美国书面意见，第 19 页。

³⁵⁵ 荷兰书面意见，第 16 段(建议采用“只对数目有限的国家有约束力”等字)。

³⁵⁶ 见 A/C.6/71/SR.21，第 9 段。

³⁵⁷ 见 A/C.6/71/SR.22，第 12 段。

³⁵⁸ 见 A/C.6/71/SR.21，第 60 段。

³⁵⁹ 美国书面意见，第 19 页。

³⁶⁰ 同上，第 20 页。

³⁶¹ 捷克共和国书面意见，第 3 页。

³⁶² 同上；另见 A/C.6/71/SR.21，第 9 段。

³⁶³ 北欧联合书面意见，第 2 页。

明确”。³⁶⁴ 智利认为，“不同地理区域和人民，甚至是有共同利益的地理区域和人民，有非普遍性质的习惯规则，是很自然的”。³⁶⁵ 白俄罗斯也指出，“产生习惯国际法规则的惯例可能取决于技术、科学、地理或其他国家优势或特点”，包括历史、军事和政治特点。³⁶⁶ 奥地利具体表示赞赏的是，结论草案承认特别习惯国际法规则也可能在由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来的国家之间发展。奥地利认为，在评注中列入这种规则的例子，是有用的，并提出两个可能的例子。³⁶⁷ 斯洛伐克也表示，“没有理由认为特别习惯国际法规则不应在由共同的事业、利益或活动联系起来或构成利益共同体的国家之间发展”，但也提议在评注中更加清楚地说明这种规则。³⁶⁸ 新西兰同意，特别习惯国际法规则可能存在于“特定共同地理框架或其他框架内”，但认为“这种规则不能取代或减损国际法基本原则”，并建议在评注中反映这一点。³⁶⁹

2. 特别报告员的建议

115. 特别习惯国际法规则可在少至两个国家间适用，这一点似乎难以否认。国际法院针对没有习惯国际法规则可在仅两个国家间确立的主张，认定“就地方习惯可在国家间确立的问题而言……难以看到相关国家数目必须多于两个”。³⁷⁰ 一读通过的评注列出了若干例子。³⁷¹ 对结论草案发表评论的几乎所有国家对此都没有异议。³⁷² 在此情况下，特别报告员认为应保留提及双边习惯国际法之处。

116. 关于在没有某种地理关系的国家间适用的特别习惯国际法规则，首先应记得，现有评注指出，“原则上没有理由认为……不应发展出[这样]一条特别习惯国际法规则”。³⁷³ 评注也承认，“特别习惯国际法大多是区域、次区域或地方性

³⁶⁴ 同上。

³⁶⁵ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 103 段。

³⁶⁶ 白俄罗斯书面意见, 第 5 页(还指出,“普遍接受的一点是,有些习惯是‘航天国家’或某一高技术领域其他国家”遵行的;并指出在这方面“特别受影响国”一语可能具有相关性,可用来指相关国家);另见 A/C.6/71/SR.23, 第 4 段。

³⁶⁷ A/C.6/71/SR.21, 第 76 段(“有必要在评注中列入几个例子,如关于死刑和使用核武器已经为特别习惯国际法所禁止的认识的发展”)。

³⁶⁸ 见 A/C.6/71/SR.23, 第 24 段。

³⁶⁹ 新西兰书面意见, 第 29 段。

³⁷⁰ 印度领土通行权案(案情实质), 1960 年 4 月 12 日判决,《1960 年国际法院案例汇编》,第 6 页,见第 39 页(法院还指出,它“看不出有任何理由可以认为两国间彼此接受的关于其关系的长期惯例不应构成两国间相互权利和义务的基础”)。

³⁷¹ 见 A/71/10, 第 63 段, 结论 16 的评注第(4)段。

³⁷² 在这方面,应该记得,美国本身曾在国际法院寻求依赖这类习惯国际法: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 199-20 页;美利坚合众国政府提交的辩诉状(1951 年 12 月 20 日),第 385-388 页;1952 年 7 月 23 日口头程序记录,第 284 页。

³⁷³ 见 A/71/10, 第 63 段, 结论 16 的评注第(5)段(着重部分由作者标明)。

的”。³⁷⁴ 另应记得，“不论是区域、地方还是其他层面的”这一表述在特别报告员原先的结论提案中是没有的，³⁷⁵ 但因委员会成员希望案文更加具体而列入。

117. 此外，各国的评论证实，特别习惯国际法规则在由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来的国家之间施行的可能性并非纯理论性的；除了关于美利坚合众国国民权利的案件外，各国在评论中还提及可列入的一些可能的例子。³⁷⁶ 在评注中列入这些例子，在此背景下似乎没有必要，同时要记住，结论的目的不在于讨论习惯国际法的内容，而仅关注如何识别习惯国际法规则的方法问题。³⁷⁷

118. 因此，特别报告员认为第 1 段现有案文是令人满意的。尽管如此，如果委员会想修改案文，以考虑到所提出的关切，一种可能的措辞是，特别习惯国际法规则“包括区域或地方性规则”；随后在评注中可解释这些是主要的表现形式，但也不排除可能有“其他”形式。无论如何，特别报告员同意，评注应进一步清楚说明结论中的两要素法在特别习惯国际法规则方面如何适用，并说明这类规则不为第三国创设义务。应该记得，起草委员会有意“[在第 1 段]选择采用‘适用’一词，而不是采用由一国或针对一国‘援引’的概念，或提出‘约束’的要素”。³⁷⁸

119. 关于有关第 2 段的其他建议，特别报告员同意添加评注中已有的“各当事国中”等字，³⁷⁹ 以便澄清在此背景下所寻求的被接受为法律的情况。第 2 段可改为：

要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项各当事国中被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

³⁷⁴ 同上。

³⁷⁵ 见特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682)，第 84 段。

³⁷⁶ 见上文注 372。另可注意到，《第三次法律重述：美国外交关系法》提及特别习惯国际法，其中规定，“某一区域或其他特别组合的国家惯例可以为这些国家在自己之间创立‘区域’、‘特别’或‘专门’习惯法”(着重部分由作者标明)；第三次法律重述：美国外交关系法(1987 年)，§102，评注(e)。

³⁷⁷ 如结论草案 1 的评注所清楚说明：A/71/10，第 63 段，结论 1 的评注第(5)段。

³⁷⁸ 起草委员会主席的说明(2015 年 7 月 29 日)，第 21-22 页，可查阅 <http://legal.un.org/ilc/>(起草委员会主席还解释说，“鉴于后两种考虑似乎会引起可能的‘效果’问题，大家认为，它们引起的问题多于所回答的问题，而‘适用’一词简单，其表面含义具有事实性，并且易于预期使用者理解”)。

³⁷⁹ 见 A/71/10，第 63 段，结论 16 的评注第(7)段。

二. 使用习惯国际法证据更易于查考

120. 委员会恢复审议使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的问题，各国对此表示欢迎。³⁸⁰ 若干国家具体提及使习惯国际法证据在各种语文中更易于查考的重要性。³⁸¹ 特别报告员表示同意。

121. 委员会 2016 年审议了特别报告员第四次报告之后，请秘书处编写一份备忘录，探讨使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段，这份备忘录考察习惯国际法证据的现状，并提出改进建议。³⁸² 秘书处于 1949 年在委员会第一届会议之际曾进行过这样的研究，为委员会根据其章程第 24 条审议此问题做准备。³⁸³ 秘书处为本届会议的审议工作编写的新的备忘录反映了自 1949 年以来习惯国际法范围和识别习惯国际法的证据已发生巨大变化的事实。³⁸⁴

122. 秘书处在收集备忘录中分析的数据时，寻求各国合作，以找出它们认为对确定其惯例和法律确信最为相关的资源。³⁸⁵ 秘书处还请联合国系统各实体提供信息，并请截至 2016 年已接到作为观察员参加大会会议和工作的长期邀请的所有实体和组织提供信息。³⁸⁶ 秘书处还联系了一些学术协会、学术研究中心以及国际法和比较法专业图书馆。³⁸⁷ 除了收到的资料外，秘书处还进行了关于“各国和国际组织最易于查考的主要证据来源”的调查。³⁸⁸

123. 备忘录本身相当详细地列出了现有材料，并介绍了秘书处编写该文件的方法。备忘录有七个附件，列出所收集的资料：(一) 国家资源；(二) 组织的资源；(三) 国际法领域的资源；(四) 条约集和存托信息；(五) 国际性法院和法庭、混合法院和条约监测机构；(六) 参与审查、编纂、逐步发展或统一国际法的机构；(七) 所收集的资源的语文。

124. 在所收集的信息的基础上，按委员会的要求，秘书处就使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的问题提出了一些建议，建议载于备忘录第二章。建议分四类：(a) 关于各国使其惯例和被接受为法律(法律确信)的证据更易于查考的方法

³⁸⁰ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 20 段(澳大利亚), 第 38 段(秘鲁), 第 87 段(联合王国), 第 95 段(葡萄牙), 第 118 段(德国); A/C.6/71/SR.22, 第 18 段(巴西), 第 33 段(爱尔兰), 第 61 段(日本); A/C.6/71/SR.23, 第 12 段(大韩民国)和 34 段(斯洛文尼亚)。

³⁸¹ 见 A/C.6/71/SR.21, 第 129-130 段(荷兰)和第 139 段(苏丹); A/C.6/71/SR.22, 第 61 段(日本)。

³⁸² 见 A/71/10, 第 56 段。

³⁸³ A/CN.4/6 和 Corr.1: “使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段: 根据《国际法委员会章程》第 24 条的筹备工作”(1949 年)。

³⁸⁴ A/CN.4/710: “使习惯国际法证据更易于查考的方法和手段: 秘书处的备忘录”, 第 6 段。

³⁸⁵ 同上, 第 7 段。

³⁸⁶ 同上, 第 8 段。

³⁸⁷ 同上, 第 9 段。

³⁸⁸ 同上, 第 10 段。

法和手段的建议；³⁸⁹ (b) 关于联合国维持并发展国际法出版物工作以及确保这些出版物尽可能广泛传播的方法和手段的建议；³⁹⁰ (c) 关于在国际法逐步发展和编纂的框架内使用习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的建议；³⁹¹ (d) 关于定期更新习惯国际法证据文献信息系统性全面传播在线数据库的建议。³⁹²

125. 特别报告员希望特别提请大家注意备忘录中强调的一点：“继续发展国际法专业图书馆并确保公众能普遍利用这些图书馆”至关重要。³⁹³ 特别报告员感谢联合国日内瓦办事处图书馆及其优秀的工作人员对本专题工作的一切协助。

126. 特别报告员建议委员会认可秘书处的建议，并将其提交大会审议。此项建议列于下文第 129 段提交大会的建议草案中。特别报告员还建议在适当时候重新印发该备忘录，以反映二读通过的结论和评注的案文。

三. 委员会产出的最后形式

127. 如特别报告员在第四次报告中所建议，³⁹⁴ 在各国书面和口头意见的支持下，本专题最后成果拟包括三部分：(a) 一套由委员会通过的结论及评注；(b) 秘书处关于使用习惯国际法证据更易于查考的备忘录；(c) 文献目录。

128. 一读阶段待决的一个问题与用“结论”一词来描述委员会本专题工作的产出有关；一些人考虑到目标是就习惯国际法规则存在与否及其内容的确定方式提供实际指导，采用“准则”一词是否更为恰当。³⁹⁵ 特别报告员仔细考虑之后，认为在目前背景下“结论”是恰当的，而且与提供指导的目的是一致的。他建议保留“结论”一词。

129. 特别报告员提议由委员会建议大会：

- a. 在一项决议中表示注意到国际法委员会关于习惯国际法的识别的结论，将结论作为决议的附件，并确保其得到尽可能广泛的分发；

³⁸⁹ 同上，第 103-107 段。

³⁹⁰ 同上，第 108-115 段。出版物包括：《国际法院书状》；《国际法院案例汇编》；《海洋法公报》；《外交会议》；《安全理事会惯例汇编》；《联合国各机关惯例汇编》；《国际仲裁裁决汇编》；《国际法院判决书》；《咨询意见和命令摘要》；《秘书长作为多边条约保存人的实务提要》；《国际法委员会的工作》；《联合国国际贸易法委员会年鉴》；《联合国法律年鉴》；《联合国法律汇编》；《联合国条约汇编》；《国际法委员会年鉴》。

³⁹¹ 同上，第 116-119 段。

³⁹² 同上，第 120-122 段。

³⁹³ 同上，第 107 段。

³⁹⁴ 特别报告员迈克尔·伍德关于国际法的识别的第四次报告(A/CN.4/695)，第 50-53 段。

³⁹⁵ 同上，第 12 段。另见 A/CN.4/SR.3303：委员会第 3303 次会议简要记录(2016 年 5 月 24 日)，第 8 页。

- b. 提请各国以及所有可能被要求识别习惯国际法规则的人注意这些结论及其评注；
- c. 欣见秘书处关于使用习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)，这份备忘录考察习惯国际法证据的现状，并提出改进建议；
- d. 决定以下列方式跟进秘书处备忘录中的建议：
 - (一) 提请各国和国际组织注意有必要发表其与国际法相关的惯例摘要和调查报告，有必要继续使各国立法、行政和司法惯例易于广泛查考，有必要尽一切努力支持现有国际法专业出版物和图书馆；
 - (二) 请秘书处继续发展和加强联合国提供习惯国际法证据的出版物工作；
 - (三) 还请秘书处利用根据从各国、国际组织和其他实体收到的资料定期更新的在线数据库，提供关于使用习惯国际法证据更易于查考的方法和手段的备忘录(A/CN.4/710)附件中的信息。

130. 特别报告员正在更新第四次报告所附文献目录。经订正的版本将在届会前非正式分发给委员会成员，然后(根据收到的建议修正后)作为本报告附件二印发。

附件

一读通过的结论草案及特别报告员提议的修改

习惯国际法的识别

第一部分

引言

结论 1

范围

本结论草案论及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。

第二部分

基本方法

结论 2

两个构成要素

要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论 3

评估两个构成要素的证据

1. 为查明是否存在一项一般惯例及该惯例是否被接受为法律(法律确信)而对证据进行评估时，必须考虑到总体背景、规则的性质以及有关证据所处的具体情况。
2. 两个构成要素中的每一要素必须单独予以确定。这就要求评估每一要素的证据。

第三部分

一般惯例

结论 4

惯例的要求

1. ~~关于须有一般惯例的要求作为习惯国际法的构成要素，一般惯例的要求是指以意味着主要是国家惯例有助于来表述或创立习惯国际法规则的形成或表述。~~
2. 在某些情况下，国际组织的惯例可能也有助于习惯国际法规则的形成表述或表述创立。

3. 其他行为者的行为不是有助于习惯国际法规则形成表述或表述创立的惯例，但在评估第 1 和第 2 段所指的惯例时可能相关。

结论 5

作为国家惯例的国家行为

国家惯例由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。

结论 6

惯例的形式

1. 惯例可有多种形式，既可包括实际行为，也包括言语行为。在某些情况下，还可包括有意不作为。
2. 国家惯例的形式包括但不限于：外交行为和信函；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括“实地”作业行为；立法和行政行为；各国法院的判决。
3. 各种不同形式的惯例之间没有预先确定的等级。

结论 7

评估国家惯例

1. 应考虑特定国家的所有已知的惯例，作为一个整体进行评估。
2. 如果特定国家的惯例不一致，可根据情形减少赋予该惯例的权重。

结论 8

惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具备一般性，即必须足够普及和有代表性，还必须是一贯几乎统一的。
2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。

第四部分

被接受为法律(法律确信)

结论 9

被接受为法律(法律确信)的要求

1. 关于一般惯例须被接受为法律(法律确信)的要求作为习惯国际法的构成要素，意味着有关惯例的采用必须带有一种法律权利或义务感。

2. 被接受为法律(法律确信)的一般惯例不同于单纯的常例或习惯。

结论 10

被接受为法律(法律确信)的证据形式

1. 被接受为法律(法律确信)的证据可有多种形式。
2. 被接受为法律(法律确信)的证据形式包括但不限于：以国家名义发表的公开声明；官方出版物；政府的法律意见；外交信函；国内法院的判决；条约规定；与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为。
3. 在有关国家有能力做出反应并且有关情况也要求做出某种反应的情况下，对一种惯例经过一定时间而没有做出反应，可用作已接受其为法律(法律确信)的证据。

第五部分

某些材料对于识别习惯国际法的意义

结论 11

条约

1. 条约所载的规则可反映习惯国际法规则，条件是能够确定该条约规则：
 - (a) 将条约缔结时已经存在的一项习惯国际法规则编纂成法；
 - (b) 将条约缔结之前开始形成的一项习惯国际法规则具体化；或
 - (c) 形成了一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例，从而产生了一项新的习惯国际法规则。
2. 一项规则在多项条约中出现，可能但并不一定表明该条约规则反映了一项习惯国际法规则。

结论 12

国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立一项习惯国际法规则。
2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可在某些情况下为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展。
3. 如果能够确定国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议中的某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则。

结论 13

法院和法庭的判决

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段。
2. 也可酌情考虑将各国法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决用作确定此类规则的辅助手段。

结论 14

学说

各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分

一贯反对者

结论 15

一贯反对者

1. 如果一国在一项习惯国际法规则的形成过程中对其表示反对，只要该国坚持其反对立场，则该规则不可施用于该国。
2. 反对立场必须明确表示，向其他国家公开，并始终坚持。
3. 本结论不影响一般国际法的强制性规范(强行法)的任何问题。

第七部分

特别习惯国际法

结论 16

特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的、地方的还是其他层面的，都是仅在数目有限的国家之间适用的习惯国际法规则。
2. 要确定一项特别习惯国际法规则的存在及内容，必须查明有关国家之间是否存在一项各当事国中被接受为法律(法律确信)的一般惯例。