



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；

2018年7月2日至8月10日，日内瓦

习惯国际法的识别

各国政府的评论和意见

目录

	页次
一. 导言	3
二. 一般性评论和意见	3
三. 关于具体条款草案的评论	8
A. 第二部分——基本方法	8
1. 结论草案 2——两个构成要素	8
2. 结论草案 3——评估两个构成要素的证据	10
B. 第三部分——一般惯例	12
1. 结论草案 4——惯例的要求	12
2. 结论草案 5——作为国家惯例的国家行为	20
3. 结论草案 6——惯例的形式	21
4. 结论草案 7——评估国家惯例	27
5. 结论草案 8——惯例必须具备一般性	28
C. 第四部分——被接受为法律(法律确信).....	32



1.	结论草案 9——被接受为法律(法律确信)的要求.....	32
2.	结论草案 10——被接受为法律(法律确信)的证据形式.....	35
D.	第五部分——某些材料对于识别习惯国际法的意义.....	39
1.	结论草案 11——条约	39
2.	结论草案 12——国际组织和政府间会议的决议	42
3.	结论草案 13——法院和法庭的判决	44
4.	结论草案 14——学说	45
E.	第六部分——一贯反对者	46
1.	结论草案 15——一贯反对者	46
F.	第七部分——特别习惯国际法	50
1.	结论草案 16——特别习惯国际法	50
四.	对结论草案最终形式的评论	54

一. 引言

1. 国际法委员会在 2016 年举行的第六十八届会议上，一读通过了关于习惯国际法的识别的结论草案。¹ 委员会根据《章程》第 16 至 21 条，决定由秘书长将结论草案转交各国政府作评论、提意见，并要求评论和意见至迟于 2018 年 1 月 1 日提交秘书长。² 秘书长按委员会的要求，于 2017 年 1 月 17 日分发说明，将关于习惯国际法的识别的结论草案及其评注转交各国政府，征求评论和意见。
2. 大会在 2016 年 12 月 13 日第 71/140 号决议和 2017 年 12 月 7 日第 72/116 号决议中，提请各国政府注意委员会须至迟于 2018 年 1 月 1 日收到关于结论草案的评论和意见。
3. 截至 2018 年 2 月 13 日，下列国家的书面评论已收讫：奥地利(2018 年 1 月 22 日)、白俄罗斯(2018 年 1 月 12 日)、中国(2017 年 12 月 26 日)、捷克共和国(2018 年 1 月 3 日)、丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)(2017 年 12 月 22 日)、萨尔瓦多(2017 年 12 月 18 日)、以色列(2018 年 1 月 18 日)、荷兰(2018 年 1 月 23 日)、新西兰(2017 年 12 月 20 日)、大韩民国(2018 年 1 月 10 日)、新加坡(2017 年 12 月 28 日)和美利坚合众国(2018 年 1 月 5 日)。
4. 各国政府提交的评论和意见转述于后，按以下主题排列：一般性评论和意见；关于具体条款草案的评论；关于结论草案最终形式的评论。³

二. 一般性评论和意见

奥地利

[原件：英文]

奥地利感到遗憾的是，无论结论草案，还是评注均未讨论习惯国际法主观构成要素的第二个方面——必要确信(*opinio necessitatis*)的重要性。“法律必要确信(*opinio iuris sive necessitatis*)”中的“*sive(或)*”一词表示析取，赋予“必要(*necessitatis*)”单独的地位。相关学理表明，某些国家行为本属非法，但从政治、经济或道义的角度来看却是必要的。评注应当解决“必要确信(*opinio necessitatis*)”所起单独作用的问题。

¹ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 57 段。

² 同上，第 60 段。

³ 以下各节均按国名的英文字母顺序排列各国评论和意见。

白俄罗斯

[原件：俄文]

国际习惯传统上是国际法的主要渊源，至今仍具价值。习惯国际法规则填补了国际条约未予规制的领域存在的法律真空，确保了条约规则的适用是协调的、系统的、不相矛盾的。

就此专题开展工作时，应当考虑下列问题：

- 习惯规则；
- 用于确认此类规则存在的主要渊源；
- 习惯国际法规则的主要(或“构成”，结论草案 2 用语)要素：一般惯例(特征是在长时间内得到广泛、一贯的适用)和被接受为法律(法律确信)；
- 过去习惯国际法规则的形成；
- 现在习惯国际法规则的形成，包括信息和通信技术的影响、国际组织和国际性法院法庭的裁判、国际条约惯例；
- 识别其惯例可能导致习惯形成或导致确立一般、区域和地方习惯规则的主体。

委员会对这一专题的研究无疑将是对国际法理论的巨大贡献。不过，此项工作的主要目标必须定为协助国家及国际法其他主体识别习惯国际法规则。

若对委员会的工作进行研究，就会发现其多年来用于识别习惯法规则、分析习惯法规则形成和演进过程的各种工具。只有国际法院在这一领域的机构记忆和经验能与之相比，对其惯例也应当细加研究。

白俄罗斯支持委员会关于在本专题中不将强行法列为一个单独类别的决定。如此类规则能代表国际习惯，则其形成与识别方式与其他任何习惯国际法规则的形成与识别方式相同。此类规则的具体特征将在相关专题中研究。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件：英文]

同意结论草案的总体范围，也即结论草案仅限于习惯国际法的识别，不把与其他国际法渊源或强行法的关系作为重点。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

就此而言，如特别报告员在对本专题的分析中所述，应当铭记如何适用习惯国际法这一问题属于各国内部法的功能。所以，本报告首先探讨(一) 萨尔瓦多法律系统的特点；(二) 在萨尔瓦多国内法院判例的基础上，承认习惯国际法；(三) 关于委员会一读通过的结论草案(见 [A/CN.4/L.872](#))的评论。

(一) 萨尔瓦多法律系统的性质

萨尔瓦多法律系统不属普通法系，而是基于成文法系。规则先由立法者起草，并要符合《共和国宪法》第 1 条规定的法律确定性原则。

换言之，国内法律框架系由一套规则组成，而规则来自框架内部的不同渊源。其中，习惯并非国家法律的主要渊源。

但是，在特定领域，例如私法、社会法或商法，是明确允许使用习惯的。举例来说，《民法典》第 2 条中规定习惯不构成法律，除非法律另有规定。

在任何情况下，由于萨尔瓦多法律系统的性质，未就法律习惯的形成和约束力作其他更加明确的表述；尽管如此，习惯国际法的重要性和约束力已在最高法院宪法审判庭等的判例中得到了承认。

(二) 在萨尔瓦多国内法院判例的基础上，承认习惯国际法

如上所述，最高法院宪法审判庭近期的一些判例承认习惯国际法，承认萨尔瓦多受其约束，需承担习惯国际法下的各种义务。

2016 年 8 月 1 日在第 73-2013 号违宪诉讼中所作的裁定就是一例，审判庭提到了 1982 年《联合国海洋法公约》，认为“《公约》被称作‘海洋宪法’不无恰当，文献、法院、法庭均将其中已获接受的理念视为普遍有效的习惯国际法。《公约》极大地促进了国际公法的逐渐发展和编纂，也极大地推动了公正、公平的国际经济秩序的构建，从而使全人类的利益和需求，特别是发展中国家的特殊利益和需求得到了考虑，不论这些国家是沿海国，还是内陆国”。

此外，在其他领域，上文所述审判庭也表示承认习惯国际法规则固有的普遍有效性。例如，2016 年 7 月 13 日，审判庭作出第 44-2013/145-2013 号裁定，认定“为确保平民以及受特别保护者的生命及其他根本权利在内部武装冲突中得到保护……，就‘人道对待’设置的‘基本保障’属于义务，该等义务源自习惯国际法强制性规范和萨尔瓦多武装冲突期间有效的国际人道主义法”。

归根结底，尽管由于萨尔瓦多法律系统的性质，涉及习惯及其形成的判例不能更加广泛地得到发展，但是前述宪法审判庭的意见阐明了对习惯国际法普遍价值和义务范围的重要考虑。

以色列

[原件：英文]

以色列十分重视对习惯规范的识别采取缜密而严谨的方法，赞赏为此目的从撰写一套实用的结论和评注入手开展的工作。

本着这一精神，谨暂就结论草案提出如下若干评论：

国家行为和声明作为国家惯例和法律确信的证据：行为的终局性

当前案文：当前案文没有明确要求行为必须有终局性和决定性，才可作为习惯国际法的潜在渊源。

评论：

- 我方的一般性评论是，认为结论草案及其评注应当澄清(法律、判决等)行为必须具备终局性和决定性，方有资格成为习惯国际法的证据。
- 我方不希望国际法委员会暗示不确定的行为(例如法案和临时措施)有可能证明习惯国际法的存在。

修改建议：

- 我方建议，在适当的地方，结论草案应澄清惯例和法律确信必须基于终局性、确定性和决定性行为。

荷兰

[原件：英文]

荷兰王国认为这是一个重要专题，是使用国际法渊源的一个关键方面。委员会的工作可大力推动惯例的发展。

结论草案和相关评注频繁提及识别或确定习惯国际法的“存在和内容”。现在尚不清楚识别规则存在的过程是否与确定规则内容的过程相同。在我方看来，未必如此。例如，在识别某一规则的内容时，根据结论草案 3 第 1 段，可能得考虑其所依据的国际法原则，但在识别此项规则的存在时，不一定需要有此一举。我方建议，在评注中加以明确会有帮助。

新西兰

[原件：英文]

对于从业人员以及职责要求其识别、适用习惯国际法规范的其他人员来说，结论草案可望成为一个有益的参照点。

新西兰赞成把委员会的工作称为“结论”。新西兰认为，最好将结论草案理解为委员会自身分析和审议工作的成果。此种结论草案将是一份有用的实用指南，本身不具规范性质。在新西兰看来，结论草案的某些方面可以视为逐渐发展而非编纂，而且这点在所附的评注中应当有更加清晰的体现。例如，新西兰认为结论草案 4 第 2 段超出了既定法编纂的范畴，在此方面还注意到该条结论的评注中没有提及司法权威。

新西兰对委员会努力使结论草案简明易懂表示赞赏。这绝非易事。但是，有时追求结论草案简短、不做出过于硬性的规定，结果却是表述笼统，不能一以贯之地提供明确指导。新西兰明白，在阅读结论草案时，应当参看相关评注。不过，

结论草案的案文仍然应当能够独成一体。有几处评注对结论草案的宽泛语句作了很大限定。新西兰认为，这些成分也应当包含在结论草案的案文之中。

大韩民国

[原件：英文]

大韩民国政府评估认为，结论草案整体上结构得当，妥善反映了这一专题的国际法现状。

结论草案有望在各类国内法律论坛上，就习惯国际法的识别与确认，为从业人员提供权威的指导。要使结论作为准则更加有效，得在规则的清晰度和习惯国际法的内在灵活性之间达到适当的平衡。

新加坡

[原件：英文]

新加坡认为，委员会的最终成果为国家、为国际性法院法庭、为从业人员提供了宝贵的实用指导。

下面是对结论草案的初步点评。我方注意到委员会决定不针对其工作成果单独列出一项结论草案，⁴ 但又饶有兴趣地读到委员会的一条评注，其中涉及委员会的工作成果对认定一项习惯国际法规则存在或不存在可有价值的情形。新加坡认为，鉴于对其所谓“非立法性编纂”⁵ 的关注渐增，委员会对自身工作成果的处理正当其时。2018年，委员会将迎来70周年纪念，新加坡希望在委员会就本专题开展的工作过程中或在其他背景下，对这一重要问题作进一步探讨。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国相信，识别一条规则是否已经成为习惯国际法，需要严谨地进行分析，确定关于形成的严格要求是否得到了满足，即各国出于法律义务感而遵循的一般性、一贯性国家惯例。尽管没有一个精确的公式可以用来说明惯例必须达到的普遍和一贯程度，但是国家惯例一般必须是广泛的、基本统一的，相关活动特别涉及的国家(也即特别受影响的国家)之间也不例外。这一用以确立某规则为习惯国际法的条件门槛很高，对习惯国际法分析或识别工作的各方方面都十分重要。

在此背景下，我方赞同结论草案及评注中的多个主张。委员会及其特别报告员编写的草案令人印象深刻，已经为更好地理解习惯国际法的形成和识别作出了贡献。但是，美国仍对结论草案及评注涉及的某些问题怀有严重关切。我方尤其

⁴ 见结论草案第五部分所附评注第2段。

⁵ 见 Fernando Lusa Bordin, “Reflections of customary international law: the authority of Codification Conventions and ILC draft articles in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), p. 535; see also Natalie Y. Morris-Sharma, “The ILC’s draft articles before the 69th session of the UNGA: a reawakening?”, *Asian Journal of International Law*, vol. 7 (2017), p. 1.

关切的是，某些结论草案和评注在我方看来超出了国际法的现状，所以最好视之为关于国际法围绕这些问题逐渐发展的提案。虽然关于逐渐发展的建议放在委员会的一些专题中是妥当的，但是我方认为它们并不太适合本项目，按我方的理解，本项目的目的和主要价值在于，对非国际法专家的人士，诸如国家法院法官，就用于识别习惯国际法的既定法律框架，给出浅显易懂的指导。⁶ 在本项目中，逐渐发展和既定规则的成分交织杂糅，有混淆读者、误导读者、削弱最终产品效用、权威和信誉的风险。因此，我方建议修改结论和评注，只聚焦于现有的、良好的法律方法，尤其不要偏离关于习惯国际法形成的既定标准。如委员会欲在本专题的结论和评注中加入有关逐渐发展的建议，则我方认为，务必作出明确标注，并且将之与反映法律既定状态或现有法律方法的成分区分开来。

我方借此机会阐述的是对结论草案和评注顾虑最大之处。我方谨指出，不应将我方未就评注的某一具体方面作出评论视为美国对之表示赞同。

三. 关于具体条款草案的评论

A. 第二部分——基本方法

1. 结论草案 2——两个构成要素

白俄罗斯

[原件：俄文]

我方也认为，需要研究国际法各领域中习惯的形成和存在的证据，并在国际习惯构成要素的识别上，采用标准的两要素法(国家惯例和法律确信；结论草案 2)。这最终将有助于找出习惯国际法规则形成的一般趋势和存在证据。

以色列

[原件：英文]

采用两要素法

当前案文：

- 结论草案 2 评注第(2)段写道：“因此，要识别这一[习惯]规则，就必须细致研究已知的证据，确定在任何给定案件中均存在这两项要素”。
- 结论草案 2 评注第(5)段写道：“两要素法事实上并未排除演绎法……”。

评论和修改建议：

- 关于结论草案 2 评注第(2)段，我方认为，鉴于结论草案旨在为习惯国际法的识别提供实用指导，必须澄清这一过程须具备穷尽性、实证性和客

⁶ 美国赞同特别报告员在第一次报告中的说法，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”。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。

观性，并必须提醒在查明是否有一般惯例被接受为法律时采用的方法不能零敲碎打或随高就低。因此，我方建议明确提及缜密标准，把结论草案 2 评注第(2)段改为：“因此，要识别这一规则，就必须对已知的证据进行穷尽、实证和客观研究，确定在任何给定案件中均存在这两项要素”。

- 关于结论草案 2 评注第(5)段，我方感到关切的是，使用演绎一词会被认为有损习惯国际法研究过程的实证性。因此，我方建议略去该段最后一句，也即删除以下案文：“两要素法事实上并未排除演绎法，特别是在审查以下两种可能的习惯国际法规则时：源自表述更为宽泛的其他规则、以这些规则为背景发挥作用并反映了被接受为法律(伴有法律确信)的一般惯例的规则；或得出结论认为可能的国际法规则构成‘不可分割的制度’的一部分”。

[另见下文关于结论草案 3 的评论和下文关于结论草案 14 的评论。]

美利坚合众国

[原件：英文]

美国赞同结论草案 2 评注第(5)段所言，即两要素法“……并未排除演绎法”。但是，我方感到关切的是，该段没有充分界定在何种情形下演绎推理是适当的，在何种情形下演绎推理有悖结论草案 2 中的规则，即要确定一项习惯国际法规则的存在，需要查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例。我们建议修改第(5)段，强调使用演绎法时必须小心，以免把非从出于法律义务感而遵循的一般性、一贯性国家惯例中产生的据称的规则认定为习惯国际法。

我们还认为，第(5)段最后一句提到的“不可分割的制度”这一概念，应当予以删除。虽然国际法院在领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚)案的判决中，使用了该术语描述《联合国海洋法公约》三项条款之间独特的相互作用，却并未暗示这一概念具有一般适用性(也未确定适用的标准)。另外，从已知国家惯例中也找不到任何依据，来支撑这样一种说法：“不可分割的制度”是对被接受为法律的一般惯例有关条件的一项例外。

国际组织的惯例

[另见下文关于结论草案 4 的评论。]

这点应当在结论草案 2 中予以澄清，具体如下：

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)的国家一般惯例(法律确信)。

评注需作相应改动。

2. 结论草案 3——评估两个构成要素的证据

白俄罗斯

[见下文关于结论草案 8 的评论。]

中国

[原件：中文]

第一，结论 3 第 1 款和第 2 款分别规定，识别习惯国际法规则须综合考虑总体背景、规则性质以及具体情况等，对“国家实践”和“法律确信”两个构成要素必须单独予以确定。中方对此不持异议，但考虑到习惯国际法是国际法的重要渊源，总体上应采取严谨而系统的方法审慎识别有关规则。建议结论 3 增加一款作为第 3 款，规定“对于习惯国际法规则的识别，应采取严谨而系统的方法”。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件：英文]

我方赞赏并支持对第二个构成要素——“被接受为法律”(法律确信)的性质和功能所作的详细评述。纵然有时同一证据既可用于查明惯例，也可用于查明法律确信(实际上相互交织)，仍旧要求逐个单独评估此二构成要素的证据，现在结论草案 3 对此也有明确表述。如文中所指，法律确信不同于其他法律以外的行动动机，诸如礼让、政治权宜之计或便利，因为惯例若仅以该等考量为动机，则不构成习惯国际法规则。因此，必须分析惯例所处背景，把所有相关方面纳入考虑。

以色列

[原件：英文]

关于惯例和法律确信的累加要求

当前案文：对有待考察的法律确信加以界定以便识别习惯规则时，结论草案 3 评注第(7)段写道，法律确信不仅涉及惯例的参与方，还涉及“有能力对惯例作出反应的各方”。

评论：

- 国家就所涉规则没有惯例的，其提出的一般性意见对于习惯国际法的识别过程不具意义。如法律确信仅停留在理论层面，则无法用于识别习惯规则，因为先有充分惯例，且每个惯例均伴有实行这一惯例的国家的法律确信，习惯才会出现。

修改建议：

- 我方建议删除结论草案 3 评注第(7)段关于这一问题的案文，而是澄清一点，即关于某一规则的法律确信仅当其继同一国家的一项惯例而产生时，才有相关意义。

国家行为和声明作为国家惯例和法律确信的证据：国家的授权代表

当前案文：当前结论草案及其评注在讨论为国家代表所作声明赋予的权重时，缺乏明确的标准用于认定该等人员或声明是否得到授权或由该等人员以官方身份作出。此外，结论草案3评注第(5)段规定，“就份量而言，即兴或一时激动下作出的声明通常低于认真考虑作出的声明”[着重部分由作者标明]。

评论：

- 我方认为，当讨论赋予国家代表所作的声明权重时，当前案文没有充分考虑国家官员的适当授权问题。
- 从结论草案3评注第(5)段的现有行文来看，没有完全排除未经授权即兴作出的声明或一时激动作出的声明被视为惯例或法律确信的可能性，而是提出其所占权重较低。我方相信，官员即兴或随兴作出的声明不能够用来为识别习惯国际法之目的，确立国家惯例或法律确信，不应当为之赋予任何权重。此类声明究其性质而言，不能说是体现了国家斟酌之后的观点，而这一点恰是识别习惯国际法的必要条件，因而此类声明不应当成为习惯国际法分析的内容。

修改建议：

- 我方认为，委员会应当明确指出，国家代表的声明只有获得适当授权并以官方身份作出时，才应归于国家。应当赋予此类声明权重，同时兼顾其所处背景和情况。
- 此外，我方希望对评注加以编辑，使之反映以下内容：国家官员即兴、随兴或“一时激动”下做出的声明不足以供识别习惯国际法之用，不应当就此为之赋予任何权重。

采用两要素法

当前案文：结论草案3评注中的几个段落分别提及在两要素法的适用上要有“必要灵活性”(第(2)段)，考虑“国际法基本原则”(第(3)段)，根据情况“调整”所查阅的证据(第(3)段)，而且表示在考查两要素法“不同类型”的证据时，“规则的性质”也有重要意义(第(4)段)。

评论和修改建议：

- 关于上文提到的结论草案3评注第(2)、(3)、(4)段，我方认为起草不够精准，特别是还可能被误读为淡化了用两要素法识别习惯规则的存在时所需的缜密性、严谨性，而缜密性、严谨性同等适用于国际法的所有领域。因此，我方提议删除第(2)段的“必要灵活性”，并且修改第(3)段，把所查阅证据的类型应当“根据情况作出调整”改为“予以审查”。此外，第(3)段提到“国际法基本原则”，我方谨请注意，此类原则或许对确定规则的内容或范围具有相关意义(参看国家的管辖豁免案，引述于

评注脚注 265)，但对真正识别习惯规则的存在(即惯例和法律确信的证据)不具相关意义。因此，我方建议第(3)段略去提及基本原则的语句。

- 最后，关于第(4)段，我方同意规则的性质对于斟酌不同类型的证据具有意义，但认为这一理念只适于禁止性规则，就此类规则而言，需要的可能是不作为的证据而非作为的证据。我方建议对该段作相应修改，明确将其相关意义限定于禁止性规则。

[另见上文关于结论草案 2 的评论和下文关于结论草案 14 的评论。]

荷兰

[原件：英文]

结论草案 3 评注第(4)段写道，“在涉及禁止性规则(例如禁止酷刑)时，有时可能难以找到(与不作为相反的)积极的国家惯例；对涉及这种规则的案件，很可能取决于评价(故意不作为的)惯例是否被接受为法律”。既然此处提到的是已有的禁止性规则，我方认为“肯定性国家惯例”比“积极的国家惯例”更加适宜。我方指出，此类肯定性国家惯例可包括一国谴责另一国被认为违反某项现有习惯国际法规则的行为。

[另见上文一般性评论下所述评论。]

B. 第三部分——一般惯例

1. 结论草案 4——惯例的要求

奥地利

[原文：英文]

奥地利希望特别提请注意国际组织对习惯国际法形成的作用。

奥地利认为，结论草案目前的案文并未充分反映普遍和区域国际组织对国际关系日益增多的参与，因此也未充分反映这些国际组织对习惯国际法形成的作用。结论草案仅以非常有限的方式提及国际组织的惯例，即在结论草案 4 第 2 段指出：“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。”

国际组织的活动对国际关系乃至国家间关系的顺利发展必不可少，国家往往依赖于这些活动。国际组织甚至在以往专属于国家的领域采取行动，因此，在某些情况下，国际组织目前实施的行为是国家曾经实施并构成与习惯国际法形成有关的惯例的行为。这一转变主要涉及(但不限于)各国赋予主权权利的国际组织，尤其是超国家组织的情况。

可以将国际组织在其权力范围内开展并可归属于它们的活动视为对习惯国际法形成具有影响的惯例。这些活动不仅在只与国际组织有关的国际法领域开展，而且当国际组织和国家活动具有共同特征时，还涉及对二者都适用的规则。在国际组织这类惯例基础上发展出来的规则不仅适用于国际组织，也适用于国家。例

如，这一点适用于具有军事性质的行动。国际组织在这些行动中适用国际人道主义法，而且如果它们的活动伴随着法律确信，那么国际组织就能促进该领域习惯国际法新规则的形成。类似的考虑也适用于国际组织对领土的管理或红十字国际委员会(红十字委员会)根据其国际授权行使的职能。没有理由假定从国际组织或红十字委员会参与创造的惯例中产生的规则不会成为既适用于国家也适用于国际组织的习惯国际法规则。

但结论草案没有反映国际组织的这一作用。因此，应进一步阐述结论草案 4 第 2 段句首的“在某些情况下”这一措辞，因为目前的这一措辞没有为确定在何种情况下国际组织的惯例会影响习惯国际法的形成提供指导。

白俄罗斯

[原文：俄文]

必须把与国际习惯形成有关的国家惯例(结论草案 4，第 1 段)理解为是指国家的作为与不作为，包括涉及国际组织的情况。

应在结论草案 4 评注第(6)段中明确指出国际组织的行为在功能上是否等同于国家行为。为识别习惯国际法规则的目的，只有当政府间国际组织的行为与在这些组织内行事，且主要是在这些组织的代表性机构内而非在秘书处、条约机构和类似机构内行事的国家惯例有关时，才应对政府间国际组织的行为加以考虑。

应对“国际组织”一词作出详细定义，以便不用参考其他渊源就可以使用结论草案。

审查在国际组织内行事的国家的惯例在多大程度上可以影响习惯国际法的形成(同时铭记文献中关于此类惯例具有“虚假性”的观点)将是有所裨益的。需要进一步研究如果一国对国际组织内形成的惯例“默示接受”，包括当这些组织的组成文书可由其他国家或由秘书处进行“动态解释”时，这种“默示接受”有什么具体特征和法律后果。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原文：英文]

关于国际组织的作用及其决议的价值，我方同意结论草案 4 表达的观点，即在某些情况下，国际组织的惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。这一点在成员国赋予这些组织代表各国行事的职权时尤其如此。

以色列

[原文：英文]

国家作为习惯国际法的主要行为体

当前案文：结论草案 4 第 2 段规定，“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”。

评论:

- 作为一项规则，国际法包括习惯国际法几乎完全由国家创立。因此，一般来说，其他实体如国际组织的惯例或法律确信都不应成为识别习惯国际法的依据。
- 尽管我方认为结论草案的评注准确解释了这一原则以及与国际组织作用相比国家的主要作用，但结论草案本身、特别是结论草案 4 并未始终充分反映这一重要区别。
- 考虑到必须避免产生国际组织的惯例可以在更一般的意义上作为识别习惯国际法的依据的印象，我方认为，结论草案 4 本身应表明这样一个事实，即它仅涉及与归属于国际组织本身的惯例有关的更加有限的情况，而不涉及在各组织内行事的成员国的惯例。

修改建议:

- 鉴于上述情况，我方建议在结论草案 4 正文中澄清，虽然国际组织在某些情况下可以作为识别习惯国际法的相关行为体，但这仅适用于可归属于国际组织本身(而非组成国际组织的国家)的惯例，并且仅在有限情况下适用：
 - **国际组织的内部业务**——对于涉及国际组织内部业务的事项(如内部治理)和在某些情况下涉及国际组织与国家关系的事项(但不涉及最终属于国家专属权力的事项，如根据国内法给予豁免权)，国际组织可有助于习惯国际法的形成或表述。在这些情况下，这种习惯国际法的责任承担者可以只是国际组织而非国家。
 - **成员国向国际组织转让专属权能**——如结论草案 4 的评注澄清的那样，对于国际组织行使由成员国明确授予的专属权能的事项(如欧盟)，国际组织的惯例和法律确信可有助于识别习惯国际法。

荷兰

[原文：英文]

我方必须指出，国际组织对于国际法形成和识别的作用问题在起草关于该主题的结论时一直是一个有争议的问题。我方认为，国际组织本身可以而且确实发挥着这一作用。因此，我方欢迎列入反映这一点的结论草案 4 第 2 段。国际组织可能有助于习惯国际法的形成或表述，是由于它们具有独立于其成员国的国际法人地位。

结论草案 4 第 2 段将国际组织惯例对习惯国际法规则形成或表述的作用限定在“某些情况下”。评注建议，这些情况(仅仅)是指：(a) 当成员国将专属的权能转移给国际组织，或(b) 在某些情况下，若成员国并未将专属权能转移，但向国际组织赋予了在职能上与国家权力相等的权力。

如果是一国际组织的独立国际法律人格决定了该组织是否可以对国际法的形成和识别发挥作用，那么不清楚为什么这一作用应仅限于这两种情况。这种限制的法律依据仍然不明确。它意味着国际组织仅仅是国家的代理人而本身并非国际行为体，并对此类组织具有国际法律人格的观点提出质疑。

作为一般事项，当前结论草案和评注在国际组织对习惯国际法形成和表述的作用方面遗留了一些问题。我方建议在评注中进一步阐明这些问题。特别是，如果能够说明如何区别国际组织的惯例与组织内国家的惯例，以及如何识别国际组织的法律确信，将有所裨益。

该结论草案的评注第(8)段指出：“一般规则是，越是直接代表成员国实施或越是直接经成员国核可实施的国际组织惯例，且上述成员国数量越多，在习惯国际法规则的形成或表述方面就可能具有更大的权重。成员国对这种惯例的反应也具有重要意义”。我方建议删除这一句，因为它没有充分反映这样一个事实，即这一段涉及具有独立于其成员国的国际法律人格的国际组织的惯例。这一独立法律人格不允许在衡量某一国际组织惯例的权重时考虑成员国的数量。但我方确实同意评注中将国际组织的性质、特别是该组织是否具有普遍性作为衡量国际组织惯例权重的一个相关因素。

新西兰

[原文：英文]

结论草案 4，第 1 和 2 段：国际组织的惯例

新西兰对结论草案 4 的第 1 和 2 段以及这两段与结论草案 12 的关系有一些顾虑。

结论草案 4 第 1 段规定，“主要”是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。如所附评注指出，“主要”一词表明并不只有国家惯例才有相关意义，并将读者指向结论草案 4 第 2 段。结论草案 4 第 2 段作出相应规定，即“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。

新西兰认为，接受国际组织内国家的惯例可有助于习惯国际法形成的主张并不困难。它还对结论草案 12 的主张感到满意，即国际组织通过的决议或决定可以成为识别一项习惯国际法规则是否存在或其内容的证据。

但新西兰对结论草案 4 第 2 段提出的国际组织本身的惯例可能有助于习惯国际法形成的主张持谨慎态度。新西兰认为，结论草案或其评注没有明确阐述这一主张的概念基础。特别报告员的报告列出了学术评论者提出的一些不同理由，但没有明确指出哪种理由是可取的。尽管新西兰承认欧洲联盟的特殊情况，但对试图从这一有限事例中得出一般结论的做法持谨慎态度。

如果没有一个明确的概念基础，则很难确定结论草案 4 第 2 段可以适用的“某些情况”。评注确定的一些情况似乎包括：

(a) 国际组织的惯例是代表其成员国实施的,包括通过转让专属权能来实施;⁷ 以及,另一方面:

(b) 国际组织在行使其业务职能时独立行事。⁸

此外,评注第(8)段阐述的因素难以与结论草案 12 中对国际组织通过决议的处理方式保持一致。安全理事会在某一决议中表述的决定到底是结论草案 4 第 1 段所述有助于习惯国际法规则形成的安理会成员国的集合惯例,还是结论草案 4 第 2 段所述有助于习惯国际法规则形成的联合国的惯例,抑或仅仅是结论草案 12 所述证明此类规则存在的证据?

新西兰认为,应进一步考虑结论草案的这个方面。新西兰认为,只有当结论草案案文本对国际组织惯例可能有助于习惯国际法形成的“某些情况”作出更加明确的阐述,才应保留结论草案 4 第 2 段。在这方面,新西兰特别指出,它认为,国际组织的惯例不会有助于习惯国际法规则的形成,除非这一惯例得到该组织法律职能和权力的授权,而且经过一段时间已被该组织成员国普遍接受,同时该国际组织本身将受到该习惯国际法规则的约束。

结论草案 4, 第 3 段: 非国家行为体的惯例

新西兰同意结论草案 4 第 3 段所述关于非国家行为体惯例的结论,正如评注第(9)和(10)段所讨论的那样。

[另见上文一般性评论下的评论。]

新加坡

[原文: 英文]

新加坡同意“主要是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述”这一总原则。⁹ 因此,新加坡也同意非政府组织、跨国公司和私人等非国家行为体的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的惯例。¹⁰

但结论草案 4 第 2 段提到的“在某些情况下”应修改为“在有限情况下”。“有限情况”这一表述将更准确地反映委员会所述国际组织惯例可有助于习惯国际法规则的形成或表述的那些情况。¹¹

评注还应该强调,国际组织的惯例之所以在有限情况下可能有助于习惯国际法的形成,是因为在这些情况下,国际组织的惯例反映了国家的惯例。强调这一点将与结论草案 4 第 1 段的内容保持一致。

⁷ 评注,第(5)和(8)段。

⁸ 评注,第(6)、(7)和(8)段。

⁹ 见结论草案 4, 第 1 段。

¹⁰ 见结论草案 4, 第 3 段。

¹¹ 见结论草案 4 所附评注第(5)至(8)段。

关于评注第(10)段，新加坡并不反对其中表达的一般立场。然而，鉴于打算让结论草案的适用具有普遍性，委员会不妨考虑在评注第(9)段中提及红十字委员会的声明和出版物。

美利坚合众国

[原文：英文]

国际组织的惯例

美国认为，结论草案 4(惯例的要求)没有准确陈述法律的现状，因为它暗示国家以外实体的惯例有助于习惯国际法的形成。特别是第 1 段所述“主要是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述”(着重部分由作者标明)不准确地暗示，国家以外的实体可能与国家一样有助于习惯国际法的形成。此外，第 2 段所述“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”也不准确地暗示，国际组织可能与国家一样有助于习惯国际法的形成。

习惯国际法源于各国出于法律义务感而遵循的一般和一贯的国家惯例，这一点不言自明。国际法院的判例长期反映了这一基本要求。¹² 各国关于确定习惯国际法规则存在所需要素的声明所载国家惯例也体现了这一点。¹³

结论草案 4 偏离了对惯例要求的这一既定理解，声称国际组织的惯例（有别于组成这些国际组织的成员国的惯例）在某些情况下也可能同样有助于习惯国际法的形成。无论是国家惯例和法律确信还是其他权威来源，都不存在支持这一主

¹² 例如，见《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 276-277 页；《北海大陆架案，判决，1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 42 至 43 页，第 73 至 74 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 97 至 98 页，第 183 至 186 段；《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 122 至 123 页，第 55 段，第 143 页，第 101 段。

¹³ 见例如 John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), p. 444; *Trans-Pacific Partnership Agreement*, Auckland, 4 February 4, 2016, Annex 9 A (缔约方确认如下共同理解：“一般意义上和第 9.6 节(最低待遇标准)具体提到的“习惯国际法”源自国家出于法律义务感而一般和一贯遵循的惯例。”)反映了澳大利亚、文莱达鲁萨兰国、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、美国和越南商定的意见); *Dominican Republic Central America United States Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 5 August 2004, Annex 10 B (哥斯达黎加、多米尼加共和国、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯、尼加拉瓜、美国); *United States Morocco Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 15 June 2004, Annex 10 A; *Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Mar del Plata, 4 November 2005, Annex A; *United States Oman Free Trade Agreement*, Washington, D.C., 19 January 2006, Annex 10 A; *United States Colombia Trade Promotion Agreement*, Washington, D.C., 22 November 2006, Annex 10 A; *United States Panama Trade Promotion Agreement*, Washington, D.C., 28 June 2007, Annex 10 A; *United States South Korea Free Trade Agreement*, Washington, 30 June 2007, Annex 11 A; *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Kigali, 19 February 2008, Annex A.

张的类似证据，结论草案 4 的评注也没有引用任何证据。¹⁴ 相反，一些国家在大会第六委员会的发言中已明确拒绝了这一主张，其他国家则表示怀疑，或似乎只支持某些国际组织的作用。¹⁵

因此，结论草案中关于国际组织惯例对于习惯国际法的形成具有直接作用的观点，只能理解为委员会为促进国际法的逐渐发展而提出的一项提议。如前所述，我方认为此类提议不适合这一项目，因为该项目的主要价值是为国家法官和从业人员等非国际法专家人士归纳并澄清现行法律。但如果这些观点仍然得到保留，我方认为，必须明确指出这些观点是对国际法逐渐发展的提议，以免使读者形成错误印象，以为这些观点是为了反映当前存在的法律的既定状态。

但美国认为，即使将结论草案 4 的陈述理解为对习惯国际法逐渐发展的提议，这些陈述所提的国际组织对习惯国际法发展所起的直接作用并未得到充分解释和发展，不能为各国评估这些陈述的价值提供有意义的基础。因此，我方至少对五个方面表示关切。

首先，国际组织的惯例有助于习惯国际法规则的形成和表述这一主张没有得到充分发展，这一点涉及此种贡献何时发生的问题。结论草案 4 第 2 段指出，“在某些情况下”，国际组织的惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。然而，无论结论草案还是评注都没有充分界定这些情况是什么。相反，评注指出，如果国家已将专属权能移交给某一国际组织，该组织的惯例“显然”属于这种情况；如果国家只将职能上与国家权力相等的权力赋予国际组织，则该组织的惯例“可能”属于“某些[未定义的]情况”；而如果国家没有做到上述两点，则该组织的惯例“不太可能”具有相关意义。然而，即使国家赋予国际组织像国家一样广泛的权力或专属权能，但具有明确授权的国际组织很少为了习惯国际法的目的而行使成员国的权力以创造惯例。由于国际组织的任务授权通常都通过慎重谈判而载入条约，如果对国际法的全新解释将以这种不明确的方式隐含和追溯性地扩大国际组织的授权，这将令我方感到关切。此外，我方注意到，评注没有引用任何法律依据来支持评注对上述三类国际组织惯例中任何一类的处理方式。

第二，该主张没有得到充分发展体现在结论草案和评注无法解决如何确定国际组织的法律确信问题。如果国际组织的惯例确曾直接有助于习惯国际法的形成或表述，那么只有当国际组织出于法律义务感而实施该惯例时，才会发生这种情况。见结论草案 9。由此产生的问题是，如何确定一个国际组织是否具有必要的

¹⁴ 事实上，评注就此问题所引用的仅有的一些案例特别指出，国家惯例才是习惯国际法的来源。见《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 97 页，第 183 段和《国家管辖豁免(德国诉意大利，希腊参加)，判决，2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 143 页，第 101 段。

¹⁵ 例如，见 2016 年以色列(A/C.6/71/SR.22，第 39 段)、墨西哥(同上，第 22 段)和俄罗斯联邦(A/C.6/71/SR.21，第 49 段)的发言；2015 年和 2016 年阿根廷的发言(A/C.6/70/SR.23，第 70 段和 A/C.6/71/SR.22，第 75 段)；2014 年马来西亚的发言(A/C.6/69/SR.27，第 44 段)和 2014 年挪威代表北欧国家的发言(A/C.6/69/SR.25，第 130 段)。另见欧洲联盟的发言(A/C.6/71/SR.20，第 45 段)。

法律确信。这种法律确信到底是秘书长(或同级官员)、秘书处、所有成员国还是其中一部分成员国的法律确信？结论草案或评注都没有探讨这一至关重要的问题，而且如前所述，根据我方的经验，国际组织的任务授权中也没有明确阐述这一问题。

第三，该主张没有得到充分发展体现在没有阐明哪些类型的国际组织行为可能构成结论草案 4 所述惯例。国际组织与国家截然不同，是因为国际组织是由国家建立和组成的，而且没有划分明晰的政府部门。因此，结论草案 6 讨论的国家惯例的各种形式并非总能明确对应国际组织的活动形式。

第四，该主张没有得到充分发展体现在对某些或所有国际组织的惯例有助于习惯国际法的建立和表述这种说法进行传统分析所产生的后果。一种推导后果是，在某些情况下，国际组织的惯例可能有助于得出习惯国际法规则存在这一结论，因为在这种情况下，如果仅仅分析国家惯例和法律确信则会认为该规则未取得习惯的地位。反之亦然，即国家的惯例和法律确信可能要求某一行为对于习惯国际法而言必不可少，但国际组织的相反惯例却排除了这一结论。美国认为没有证据支持结论草案 4 第 2 段所提主张的任何一项重要推导结果。

第五，该主张没有得到充分发展体现在没有考虑到与进行习惯国际法分析有关的惯例的精确范围。所有国家的惯例对判断是否存在一般和一贯的国家惯例非常重要，而且由于国家总数少于 200，分析国家惯例的工作变得更加容易。相比之下，委员会的案文并未关注如何将这种办法运用于国际组织。实际上，我方认为委员会的办法造成了不必要的混淆，这种办法暗示，每次分析是否存在一项习惯国际法规则时，不仅必须分析国家惯例，而且必须分析成百乃至上千权能和任务大相径庭的国际组织的惯例。

最后，美国认为，评注第(8)段的讨论表明，为什么更好的办法是承认国际组织内国家的惯例而非国际组织本身的惯例才是有助于习惯形成和表述的(具有法律确信的)惯例。这一段指出，在衡量国际组织惯例的权重时应该考虑成员国的数目和它们对国际组织惯例的反应，还应考虑国际组织实施的惯例是否是代表了成员国，成员国是否赞同这种惯例，以及这种惯例是否与成员国的惯例保持一致。换言之，应该透过国际组织了解其成员国，以便确定如何衡量国际组织惯例的价值。我方认为，如第(8)段中的讨论所示，真正重要的是成员国本身的惯例和法律确信，而非国际组织的惯例。

出于上述原因，我方认为，应对结论草案 4 作出如下修正：

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，意味着主要是国家惯例有助于习惯国际法规则的形成或表述。
2. ~~在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。~~

2. 其他行为体如国际组织的行为不是有助于习惯国际法规则形成或表述的惯例，但在评估第 1 和第 2 段所指的惯例时可能相关。

评注也应作出相应变化。

我方在此还要指出，我方建议修改结论草案 4 评注第(10)段，其中讨论了红十字委员会的作用。尽管我方支持 1949 年日内瓦四公约规定的红十字委员会的重要作用，但是这一段应更加符合国家在发展和确定习惯国际人道主义法方面的主要作用。我方特别建议避免把红十字委员会的声明描述为“塑造”国家对这种声明作出反应的惯例，这一用语没有用于其他非国家行为体，似乎也与本段最后一句不相符。(评注也许可以指出红十字委员会在“鼓励”国家以某些方式行事方面发挥的作用。)在考虑国家对这些声明的反应时，应与本结论评注前几段所述内容保持一致。

此外，我方注意到，各国表达了对红十字委员会的关切，认为委员会关于相关惯例的说明有时不能准确反映国家的实际惯例。红十字委员会在编写描述国家惯例的委员会出版物(如红十字委员会的《习惯国际人道主义法研究》和红十字委员会对日内瓦四公约的评注)时，通常没有让国家参与。不熟悉国家惯例和内部程序细微差别的外部观察者可能会将红十字委员会关于国家声明或惯例的说明或委员会所讨论的文件误以为是代表政府的正式意见。¹⁶ 评注用“记录”一词描述红十字委员会的出版物也可能在这一点上造成混淆，意味着这类出版物只是记录了国家惯例，而不是像通常那样总结和提供红十字委员会对国家惯例的描述。因此，我方建议应注意到各国对这些说明的准确性及其描述所表示的关切，并应将第 10 段第一句最后一个分句修改为：“红十字国际委员会的出版物也可协助识别相关惯例(但最好的办法是直接审查国家惯例)。”例如，美国在对国际法委员会关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案的评论中指出，评注草案在无意中曲解了美国的惯例，因为它依赖红十字委员会在其《习惯国际人道主义法研究》中对这些惯例的描述。

[另见上文关于结论草案 2 的评论。]

2. 结论草案 5——作为国家惯例的国家行为

美利坚合众国

[原文：英文]

美国对结论草案 5 评注第(5)段的陈述表示关切，其中称，“只有公开或至少为其他国家知晓的惯例，方能有助于习惯国际法规则的形成和识别”。这一陈述没有说明所谓惯例“只有公开”的要求意味着什么，也没有援引权威依据来支持

¹⁶ John B. Bellinger, III 和 William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), p. 447 (“最后，该研究往往无法区分仅仅为了培训或类似目的而编写的非正式军事出版物和作为官方声明而编写并获得批准的军事出版物。而事实上某些引述的出版物中包含免责声明，表示它们并不一定代表有关政府的官方立场”)。

这一点。我方认为，惯例可能并不“公开”或不被某些国家知晓这一事实并不排除惯例对习惯国际法的形成和识别具有相关性。因此，我方建议删除或相应修改这一句。

3. 结论草案 6——惯例的形式

奥地利

[原文：英文]

结论草案 6 至 8 只提及了国家惯例，但结论草案 6(“惯例的形式”)似乎涉及所有的惯例。这些结论草案还应涵盖国际组织的惯例。

[见上文关于结论草案 4 的评论。]

白俄罗斯

[原文：俄文]

关于结论草案 6 第 2 段和结论草案 10 第 2 段，值得注意的是，国家的惯例和法律确信远非始终一致且易于识别。在很大程度上，这是因为并非所有国家惯例都是公开的。因此，在确定是否存在国际习惯时，有必要对一般公众所知晓的可观察到的国家行为和以不公开方式开展的活动(如秘密交换外交函件和国家间的闭门磋商)加以区分。关于国际组织的惯例在习惯国际法形成方面的作用，更有效的办法是考虑国际组织各成员国的活动，而非这些组织本身的惯例，因为国际组织是国际法的次要主体。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

惯例的形式(结论草案 6)

虽然已指出，习惯性惯例可有多种形式，但萨尔瓦多认为，事实上这一专题不能局限于一份详尽罗列这些形式的清单；真正重要的是要确认此种一再重复的惯例具有法律确信这一要素。

在这方面，上述宪法分庭提及了国际宣言和惯例之间的联系，其指出“宣言预期将产生法律确信(义务感)，各国必须遵守这一法律确信，以在中期或长期使得一种国际习惯定型……通过预测某一国家惯例的约束性，或通过促进缔结基于某些建议的条约，国际宣言，即便不具有约束力，也对于形成具有约束力的国际法渊源作出重大贡献”(2007 年 3 月 12 日第 26-2006 号违宪案裁决)。

另一方面，在结论草案 6 第 1 段中，“在某些情况下”这一短语的措辞没有起到作用。关于这一点，必须记住，当具有法律确信时，不作为始终可以成为一种惯例形式。

以色列

[原件：英文]

不作为作为惯例

现行案文：结论草案 6 第 1 段规定，“在某些情况下，还可包括不作为”。

评论：

- 关于结论草案中就不作为可否作为国家惯例的标志的讨论，我方希望在结论草案的案文中说明：只有当不作为是蓄意的，才可作为惯例予以考虑。虽然这一内容在评注中得到了适当反映(例如见结论草案 6 评注第(3)段)，但结论草案本身并未充分反映这一立场，我方认为这一立场十分重要，应加以特别提及。
- 此外，虽然第四部分关于法律确信的结论草案同样适用于采用蓄意不作为形式的惯例，但我方认为，考虑到不作为作为习惯国际法的潜在渊源具有独特而复杂的性质，有必要在结论草案 6 的评注中特别指出不作为需要出于习惯法律义务感。

修改建议：

- 除在结论草案中将不作为描述为“蓄意的”之外，我方认为评注应更加详细地解释，所指蓄意不作为必须出于习惯法律义务感，而不是出于外交、政治、战略或其他非法律考虑，后一种不作为虽然是蓄意的，但不应被视为用于识别习惯国际法的国家惯例。国际法院的判决也清楚地反映了这种处理办法——这些判决区分了出于习惯法律义务感而履行的国家行为和非出于这种义务感的国家行为。¹⁷

国家行为和声明作为国家惯例和法律确信的证据：上级国家法院的判决

现行案文：根据结论草案，国家法院的判决可被视为国家惯例的一种形式(结论草案 6，第 2 段)和法律确信证据的一种形式(结论草案 10，第 2 段)。

评论：

- 我方想强调，上级国家法院的裁决通常仅作为国家惯例或法律确信的次要证据(例如在特定案件中对国家行为或法律观点的事实陈述之中)具有相关性，并且只有当问题涉及司法机构的行为或观点时(例如因豁免原因而驳回诉讼)，这些判决才构成惯例或法律确信本身。
- 此外，关于对国家法院判决的依赖，我方认为——与上述评论相一致——只有上级法院的终局性和决定性判决(即不能再提出上诉的判决)应该被考虑在内或被认为反映了相关国家的司法观点。

¹⁷ 《北海大陆架案(德意志联邦共和国诉丹麦；德意志联邦共和国诉荷兰)，1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 77 段。

- 在这方面，我方想指出，一般而言，上级国家法院在解释和适用国际法方面比初级法院更有可能具备专门知识，而专门知识是识别习惯国际法的一个重要因素。

修改建议：

- 我方认为，结论草案应明确澄清，只有上级法院的终局性和决定性判决(即不能再提出上诉的判决)应该被考虑在内或被视为反映了相关国家的法律意见。
- 此外，如上文所述，我方建议结论草案澄清：只有当所涉问题是司法机构的行为或观点时，上级国家法院的判决才构成惯例或法律确信本身，而不仅仅是国家惯例或法律确信的证据。

言语行为

现行案文：结论草案 6 指出，惯例“既包括实际行为，也包括言语行为”，而评注第(2)段提到了言语行为作为惯例的作用。

评论和修改建议：

- 我方认为，结论草案 6 没有适当反映出：习惯国际法绝大多数情况下是规制实际行为，而通过习惯法来规制言语行为却实为罕见。仅在言语行为本身遵守或违反规则的有限情况下(例如违反了《联合国宪章》第二条第四项不威胁使用武力的规定)，这些言语行为可视为惯例，而非惯例的证据。
- 有鉴于此，我方建议将结论草案 6 第二句的措辞进行如下修改：“包括实际行为，且有时包括言语行为”。同样，我方建议将结论草案 6 的评注第 2 段改为：“各国会采取多种不同的形式行使权力，且不会局限于几种行为，有鉴于此，第 1 段规定，惯例可采取多种广泛的形式。‘有时’一词强调：将言语行为视为惯例时，必须谨慎。尽管比较常见的做法是为了识别习惯国际法的目的，能算作惯例的只有国家的‘行动’，而不是国家的‘言语’，但是，现在人们普遍接受，当言语行为本身受到所称习惯规则规制时，言语行为(无论书面还是口头)也可算作惯例”。

荷兰

[原件：英文]

本结论草案第 1 段指出，惯例可在某些情况下包括不作为。本结论草案的评注明确指出，“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起到这一作用。我方非常重视这一重要的澄清。因此，我方建议，不应仅在评注中，还应在结论草案的案文中反映不作为必须是蓄意的这一要求。

新西兰

[原件：英文]

结论草案 6 第 1 段：不作为作为“惯例”

对于“不作为”在何种程度上可构成用于形成或识别习惯国际法规则的惯例，新西兰同几个对此问题曾表犹豫的国家立场一致。

新西兰注意到结论草案 6 评注第(3)段中的评注：结论草案 6 第 1 段中的“在某些情况下”一语确认“只有蓄意不采取行动方可起到这一作用：所涉国家需要有意地在某给定情况下不采取行动”（着重部分由作者标明）。

新西兰认为，这是一个重要限定条件，若能反映于结论草案案文本本身则更好。这与对在结论草案 10 第 3 段的法律确信背景下未能作出反应所采取的做法一致。

结论草案 6 第 2 段：国家法院判决作为“惯例”

新西兰注意到结论草案 6 评注第(6)段中的评注：对上级法院“可能”予以更高的权重；而在评估国家惯例时，被推翻的判决“不太可能”被视为具有相关性。

新西兰同意，在评估一法院的判决可否被视为国家惯例时，须认真考虑这一法院在国家司法体系中的地位。一般而言，新西兰希望只有上级法院的判决才足以被视为用于形成或识别习惯国际法规则的国家惯例。新西兰提醒不要依赖初级法院的判决或没有权威支持的孤立判决。在新西兰看来，无法想象上级法院推翻的判决在这种背景下还能作为可依赖的国家惯例。

大韩民国

[原件：英文]

在这方面，大韩民国政府想对结论草案 6 第 2 段和结论草案 10 第 2 段之间的关系发表意见。因为在大多数情况下应通过国家行为或相关文件才能识别被接受为法律，结论草案 6 第 2 段所列的国家惯例形式和结论草案 10 第 2 段所列接受为法律的证据自然就会出现很大程度的重叠。因此，为了避免任何可能出现的混淆，可能有必要在使用术语时保持一致并且术语在两个结论中的列举顺序也要保持一致。如果存在不一致之处，还可能需要进行澄清。

例如，结论草案 10 第 2 段不包括可作为接受为法律的证据的“立法和行政行为”，而结论草案 6 第 2 段不包括可视为一种国家惯例形式的“代表各国发表的公开声明”；结论草案 10 第 2 段没有列出外交行为，而结论草案第 6 段列举了“外交行为和信函”。

新加坡

[原件：英文]

结论草案 6 第 1 段指出，“在某些情况下，还可包括不作为”。所附评注第(3)段解释说，“……‘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起到这一作用：所涉国家需要有意识地在某给定情况下不采取行动。”

为清楚起见，新加坡提议将蓄意不作为这一概念纳入结论草案 6 第 1 段案文本身。具体而言，委员会不妨考虑将“不作为”改为“蓄意不作为”。

新加坡希望补充的是，确定什么构成“蓄意”不作为最终将是依据案件所有情况进行的事实判断。在这方面，新加坡注意到特别报告员的发现，即“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”。¹⁸

为了避免疑问，我方强调，识别习惯国际法规则时所依赖的任何不作为或蓄意不作为必须伴有法律确信。这符合结论草案 9 提出的一般要求，即习惯国际法的一个构成要素是国家惯例被接受为法律。可采用下列的形式：一国接受其不作为是国际法所要求的。在其他情况下，则可采用下列形式：一国认为，因另一国的做法符合国际法，所以不必采取行动或作出反应。

美利坚合众国

[原件：英文]

不作为

关于在何种情况下国家不作为应被视为用于识别习惯国际法的国家惯例或法律确信证据，与在 2016 年大会第六委员会上发言表示关切的许多国家一样，美国也很关切这一问题。我方同意格外谨慎是适当的，因为许多不同的因素和动机都可导致一个国家拒绝采取行动，特别是在国际舞台上。

关于不作为作为国家惯例这一问题，我方同意结论草案 6 的评注第(3)段中的表述，即“只有蓄意不采取行动方可起到”国家惯例的作用。因此，为了使一国的不作为“算作”国家惯例，必须表明该国已充分了解事实，并蓄意拒绝采取行动。但是，美国认为应对评注的这一段作出三处修改，以强调那些不作为可构成有关国家惯例的有限情况。首先，美国承认这一标准所带来的挑战，认为应在第(3)段增加第三句话：“已认识到，这种蓄意不作为可能难以证明，所以不应该推定其存在”。其次，应在下一句加上“可”一词，以表明只有上述蓄意不作为的标准得到满足，所举的可构成国家惯例的不作为例子才能算作国家惯例。第三，应该删除最后一个例子(“不使用或威胁使用武力”)，因为除习惯国际法外，一国可因其他众多原因(包括条约和政策原因)而不使用或威胁使用武力，因此不大可能证明该国不这样做是因为其认为习惯国际法有此要求。

因此，第(3)段将改为：

¹⁸ 关于习惯国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682)，第 20 段。

(3) 第 1 段进一步指明，不作为也可算作惯例。但“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起到这一作用：所涉国家需要有意识地在某给定情况下不采取行动。已认识到，这种蓄意不作为可能难以证明，所以不应该推定其存在。这种不作为(有时称为“消极惯例”)的例子可包括：不提起刑事诉讼；以及不对某些归化入籍人员予以保护；以及不威胁使用或使用武力。[脚注略]

[另见下文关于结论草案 10 的评论。]

其他问题

美国同意，如结论草案 6 所述，国家惯例形式多种多样。但是，我方担心，这个结论草案的结构可能会在两方面对读者产生误导。

首先，我方认为结论草案的第一段应在第二句中加上“可”一词，以便与第一句和第三句(两者均用“可”)保持一致，并强调必须评估每个国家的行为，以确定是否为可用于某一习惯国际法分析的相关惯例。

其次，美国认为，结论草案第 2 段中国家惯例形式的例子应重新排序。虽然评注第(5)段说第 2 段中的例子顺序并不意味着先主后次，但我方还是认为，将更具行动性的惯例排首位更合适，因为其通常是最具说服力的惯例形式。重新排序也可帮助读者区分惯例和法律确信，因为声明更可能体现后者。¹⁹

因此，美国提议将结论草案 6 改为：

结论 6

惯例的形式

1. 惯例可有多种形式，可包括实际行为和言语行为。在某些情况下，还可包括不作为。
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~~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。
3. 各种不同形式的惯例之间没有预先确定的等级。

同样，我方建议对第 3 段的评注草案进行改进，以便在评估各种惯例形式方面向从业人员提供更多指导。正如美国在回应红十字国际委员会《习惯国际人道主义法》研究时所指出，“尽管[军事]手册可能提供国家行为和法律确信的重要标

¹⁹ 见结论草案 10 评注第(3)段。

志，但不能代替联系实际军事行动对行动上的国家惯例开展有意义的评估”。²⁰因此，我方建议在评注中加入一项讨论内容，指出实际行动行为往往是一国惯例最具说服力的形式。

4. 结论草案 7——评估国家惯例

奥地利

[见上文关于结论草案 6 的评论。]

以色列

[原件：英文]

特定国家不一致的惯例

现行案文：结论草案第 7 条第 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”。评注第(4)段补充说，在这种情况下，“该国对‘一般惯例’要素的贡献可能降低乃至无效”。

评论和修改建议：

- 我方担心，上述案文可能会产生一种误导，即认为某一特定国家不一致的惯例，不仅不会在评估习惯规则是否存在时权重减轻或失效，而且还可成为各国不认为自己有义务以某种方式行事的重要证据。为了避免这种解读，我方认为，应当删去结论草案 7 第 2 段和评注第(4)段，或者按我方的建议，修改结论草案 7 第 2 段的措辞，改为：“如果特定国家的惯例不一致，赋予该一惯例多少权重将取决于具体情况”。在这种情况下，我方还建议将结论草案 7 的评注第(4)段改为如下版本：“……该国对‘一般惯例’要素的贡献可以是表明该国认为关于此事不存在习惯规则”。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国担心，结论 7 草案第 2 段可能会被误读，即以为：与习惯国际法下其他国家的惯例相比，惯例不一致的国家被赋予的权重较少。惯例不一致的国家可能不会像惯例一致的国家那么支持一条提出的规则。但是，如果说前者的惯例权重不及后者，似乎不符合国家主权平等的原则。赋予前者“权重”仅仅是为了支持一条不同的法律规则或一条规则不存在的情况。出于这个原因，我方建议将第 2 段修改为：

2. 凡某一特定国家的惯例与所指规则不一致，可减少赋予该惯例的权重则该惯例对这条习惯法规则已形成的结论的佐证力不及与所指规则一致的一国惯例。

²⁰ John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866(2007), p. 445.

5. 结论草案 8——惯例必须具备一般性

奥地利

[见上文关于结论草案 6 的评论。]

白罗斯

[原件：俄文]

国家惯例在评估两构成要素(结论草案 3)的证据方面至关重要，尽管在国际法的某些领域，特别是国际人道主义法和国际外层空间法中，长期稳定惯例的历史可能没那么重要(结论草案 8)。尽管如此，但如结论草案 8 所示，完全弃用期限这一标准还为时过早。

中国

[原件：中文]

第二，结论 8 规定，有关国家实践是否具有一般性须满足有代表性的要求，评注还表示应考虑“特别参与有关活动或最有可能关注所称规则的国家在多大程度上参与了国家实践”。中方认为，这实质上认可了国际法院有关判例中强调的“受特殊影响的国家”(specially affected States)对识别习惯国际法的重要作用。任何国家，不论大小贫富强弱，只要该国在特定领域的规则形成中有具体利益和实际影响，其实践就应得到充分的重视，该国就可能作为“受特殊影响的国家”对习惯国际法规则的形成发挥作用。建议在结论 8 和结论 9 的评注中充实有关内容，强调“受特殊影响的国家”的实践和法律确信应被给予更充分的考虑。

以色列

[原件：英文]

特别受影响国家和一般惯例

现行案文：

- 结论草案 8 第 1 段提到“一般”惯例时，认为其意味着“必须足够普及和有代表性，还必须是一贯的”。结论草案 8 评注第(3)段指出，对普遍参与不作要求。
- 在规定相关惯例必须具有一般性时，结论草案 8 并没有提及“特别受影响国家”的既定概念。评注确实提到了特别受影响国家，但没有规定这些国家的惯例和法律确信必须存在，以便惯例能够发展，并且没有充分强调在审查国家惯例和法律确信时赋予特别受影响国家更大权重的重要性。
- 最后，结论草案 8 评注第(3)段指出：“参与国应包括有机会或有可能适用所称规则的国家”。

评论:

- 关于需要惯例在更广泛的范围内具有“一般性”，我方认为现行草案没有充分反映出为使一条规则被识别为习惯规则，国家惯例必须满足的高门槛。如评注所述，虽然无法抽象地确定参与有关惯例的国家的必要数量和分布，但我方认为，带着法律确信参与惯例的国家必须明显和绝对超过未参与这一惯例的国家，且评注应进一步与北海大陆架案件的语言和精神保持一致，这要求惯例不仅具有广泛性和代表性，而且“基本统一”。
- 关于特别受影响国家的概念，公认的是，特别受影响国家对于习惯规则的形成及其相应识别至关重要。如果特别受影响国家的惯例和法律确信的积累不符合拟议的规则，或(例如，因为无法识别特别受影响国家的惯例)相对不存在这种规则，这应作为证明这一规则不存在的证据。国际法院对北海大陆架案的判决第 74 段也反映了这一办法。
- 此外，特别受影响国家的惯例和法律确信不仅是确定习惯国际规则存在不可或缺的要害，而且赋予这种惯例和法律确信的权重必须甚于其他国家的惯例。
- 关于结论草案 8 的评注第(3)段提到了对有机会或有可能适用所指规则的国家，虽然这可能不是评注的意图，但我方担心这可能遭到误解，即误以为这意味着只要国家有机会或有可能适用规则，在所指规则方面根本没有任何惯例的国家在确定其习惯法地位的过程中仍具有相关性。如上文第 3 节所述，不作为只在有限的情况下可作为惯例，而结论草案 8 的评注第(3)段的措辞可能被误解为在暗示：这些国家这种不作为，即使不是蓄意的也不是出于对习惯法的义务感，也自动相关。

修改建议:

- 我方建议修改结论草案 8 的第 1 段，以更好地反映国家惯例所需的高门槛，改为：“有关惯例必须具备一般性，即必须具普及性和代表性，还必须是一贯和基本统一的。它必须包括特别受影响国家的惯例。”
- 我方还认为，应当修改结论草案 8 和结论草案 9，以适当反映特别受影响国家这一既定和关键的概念，并规定：(a) 只有在惯例包括特别受影响国家的惯例和法律确信的情况下，惯例才足够普及(否则，就不存在习惯规则)；(b) 在习惯规则的识别过程中必须赋予特别受影响国家的惯例和法律确信更多权重。我方建议对评注作出相应修改，包括结论草案 8 评注第(2)段，以便进一步强调和解释特别受影响国家的惯例和法律确信对习惯国际法识别过程的重要性。
- 基于上文关于结论草案 8 评注第(3)段的评论，我方建议将该段修改为：“无法(像惯例的实例数量一样)抽象地确定参与有关惯例的国家的必要数量和分布。然而，显然，参与惯例的国家数量必须明确且绝对超过未参与这一惯例的相关国家数量”。

- 在这方面，我方还认为应该修改结论草案 8 的评注第(4)段，即“在许多情况下，所有国家或基本上所有国家都同等相关”，以避免言过其实。我方建议将这一段改为：“在某些情况下，所有国家或基本上所有国家都会受到同等影响。然而，在适当的情况下，受影响最大的国家的惯例必须被赋予更大的权重”。
- 最后，关于结论草案 8 的评注第(3)段下的参与国，我方建议删除这一句，或者澄清说：有机会或有可能适用所称规则的国家的不作为只有是蓄意的且伴有法律确信时才相关。

[见下文关于结论草案 15 的评论。]

荷兰

[原件：英文]

我方注意到，结论草案 8 的评注提到了特别受影响国家，但没有明确界定这些国家的作用。我方认为，应进一步阐明特别受影响国家在形成和识别习惯国际法方面的重要性。正如国际法院在其对北海大陆架案的判决中所说：“一项不可缺少的要求是，在所涉期间内，尽管该期间时间可能不长，但国家惯例，包括利益受到特别影响的国家的惯例，应广泛并基本上统一”（着重部分由作者标明）。

我方建议，不仅仅在评注中，还应在结论草案 8 和 9 本身提及特别受影响国家。更具体地说，我方建议结论草案明确指出，这些国家的惯例和法律确信是确定习惯国际法规则存在一个不可或缺的因素。此外，我方建议明确指出，这些国家的惯例和法律确信必须比其他国家更受重视。

新加坡

[原件：英文]

在所附评注的第(9)段中，委员会明确指出，不存在“速成习惯”，且一项一般惯例的出现必须经过一些时间。

新加坡同意并认为这一观点反映了现行法。为了给各国、国际性法院和法庭以及从业人员提供进一步指导，委员会希望在评注中提及或解释“速成习惯”这一概念的起源。²¹ 这将大有裨益，因为特别报告员的四份报告都没有较全面地论述这一概念。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国仍然认为，结论草案 8 应更明确地界定识别一项习惯国际法规则所需的国家惯例数量和质量。我们并不认为该结论草案第一段中的“足够”足以实现上

²¹ 见 Bin Cheng, “United Nations resolutions on outer space: ‘Instant’ customary international law?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 5 (1965), pp. 23-48.

述目的，事实上它引出了一个问题，即惯例达到何种程度的普及和代表性才“足够”达到该标准。相反，结论草案应纳入国际法院在北海大陆架诸案²²中所阐述的“广泛并基本上统一”这一标准，因为各国广泛承认将该标准作为通常必须满足以证明一项惯例存在的门槛。

美国还认为，该结论草案本身应提及特别受到影响国家发挥的重要作用。应对特别受到影响国家的惯例加以考虑，这一要求是“北海大陆架”标准的组成部分。²³此外，正如第(4)段的评注所述，若不考虑参与相关活动最多的国家的惯例，要确定某项习惯国际法规则的存在及内容“显然不切实际”。此外，虽然评注在第(4)段和脚注 297 中泛泛提及特别受到影响国家，但是我们认为，结论草案和评注可能导致模糊不清，因为在结论草案中界定何为“一般”惯例时没有提及特别受到影响国家，但随后在评注第(4)段中提出这些国家的惯例是“一个重要因素”，仅在一个脚注中使用“特别受到影响”一词。

最后，美国认为，结论草案 8 应明确承认，对不支持所称规则的国家的惯例应在评估该规则是否是习惯国际法时加以考虑。²⁴至关重要的是对“消极惯例”予以足够重视。²⁵正如寻求相反证据来反对一项假设是得当的做法，这种做法是科学方法的一部分，考虑相反的证据也应该是识别习惯国际法的得当方法的一部分。

²² 《北海大陆架案，判决，1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 43 页，第 74 段。

²³ 同上。(“一项必要要求是，在所涉时期内，即便该时期较短，与所援引的规定意义相符的国家惯例，包括利益特别受到影响的国家的惯例，也应是既广泛又基本上统一的，而且其发生方式也表明普遍承认所涉及的是一项法律规则或法律义务。”)。

²⁴ 例如，见《“莲花号”案，1927 年常设国际法院汇编(A)》，第 10 号，第 28-29 页(“所引用的判决有时支持一种意见，有时支持另一种意见，这种评论已经足够……鉴于国家判决存在分歧，难以看出其中存在自身可以作为法国政府诉讼主张的依据的限制性国际法规则。”)；《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 266 页，见第 311 至 312 页(副院长施韦贝尔的反对意见)(“克服惯例与原则之间悖论的一种方式抛开惯例。那些认为以核武器进行威胁或使用核武器在任何情况下都是非法的人就是这样做的。……国家惯例表明，各国制造和部署核武器已经大约 50 年；这种部署固有以可能使用相威胁的成分，国际社会通过条约和联合国安全理事会的行动，远未禁止在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器，实际上或有条件地承认，在某些情况下可能使用或威胁使用核武器。”)；《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(“法院所掌握的事实显示，纵观外交庇护的使用方式以及多种不同场合表达的官方意见，其中存在太多不确定与矛盾之处，也存在太多变动与差异之处，就被一些国家所批准而被另一些国家所拒绝的各项快速陆续出现的庇护公约而言，存在太多不一致，且所涉惯例过于受到种种案件中政治权宜考虑的影响，因此，无法从中分析出任何与所称的单方面确定犯罪性质的规则有关的恒定、统一、可被接受为法律的惯例”)；《国家的管辖豁免案(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 134-135 页，第 77 段(法院认为，国家惯例(体现为司法判决)体现了这一观点：如果民事诉讼涉及武装部队及其他国家机关在武装冲突中导致死亡、人身伤害或损坏财物的行为，则对国家统治权行为的豁免延伸到民事诉讼中，即使有关行为发生在法院所在国领土内也不例外。该惯例伴有法律确信，体现在各国采取的立场和一些国内法院的判例中，这类判例明确表示它们认为习惯国际法要求豁免。“几乎完全没有相反的案例也意义重大，而到目前为止法院尚未发现各国就国际法委员会有关国家豁免的工作和联合国公约的通过，在任何其他情况下发表任何声明，断言习惯国际法不要求这类案件中的豁免权，这一情况也意义重大。”)。

²⁵ John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International*

基于上述理由，美国认为，结论草案 8 的内容应如下：

结论 8

惯例必须具备一般性

1. 有关惯例必须具有一般性，也就是说它一般必须广泛并基本上统一，是够普及和有代表性，还必须是一贯的包括在利益特别受到影响的国家之间。
2. 只要惯例具备一般性，就不要求特定存续时间。
3. 将考虑相反惯例的证据，即表明可能对法律作出不同解释的惯例。

评注应作相应编辑。例如在结论草案评注第(4)段，应进一步解释为什么必须考虑“特别参与有关活动或最有可能关注所称规则的国家在多大程度上参与了惯例。”特别是，与在此方面经验不足的国家惯例相比，特别参与有关活动的国家的惯例可能会“数量更大、质量更高”。²⁶

C. 第四部分——被接受为法律(法律确信)

1. 结论草案 9——被接受为法律(法律确信)的要求

白俄罗斯

[原件：俄文]

若一国所采取的任何行为表明该国正在适用一项习惯国际法规则，尽管需要放弃某些好处和利益，那么该行为是证明接受该规则为法律的一种形式的证据。这方面应纳入结论草案 9。

中国

[见上文关于结论草案 8 的评论]。

以色列

[见上文关于结论草案 8 的评论]。

Review of the Red Cross, vol. 89, No. 866 (2007), p. 445 (“第四，虽然该研究在原则上承认消极惯例的意义，尤其在那些仍未加入有关条约的国家之间，但此种惯例在重要的情况下未得到充分重视”)。

²⁶ John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary international Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), pp. 445–46; 另见 Theodor Meron, *The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law*, *American Journal of International Law*, vol. 90 (1996), pp. 235–249 (“我认为很难接受人们有时提出这样的观点，即所有国家，不论其地理位置、军事力量和利益等情况如何，均在这方面发挥平等的作用。交战只是其中的一个因素。例如瑞士作为中立国，其惯例和意见在评估习惯中立法方面对我们的参考价值肯定大于不奉行中立政策和未参与相关国家惯例的国家的惯例。核大国、其他主要军事大国以及占领国和被占领国等“特别受到影响国家”(其有关声明、惯例和政策均有记录)的惯例仍然特别有说服力。我并不是要贬低国家平等，而只是想承认一些国家更多地参与制定战争法，这种参与不仅是通过行动性惯例，而且也通过政策表述，例如军事手册”)。

荷兰

[见上文关于结论草案 8 的评论]。

新加坡

[见上文关于结论草案 6 的评论]。

美利坚合众国

[原件：英文]

法律确信和“权利”

美国注意到，促进习惯国际法形成的国家惯例过去往往被称之为出于“一种法律义务感”采用的惯例。²⁷ 结论草案和评注将措辞扩大为包括出于一种法律权利感采用的惯例。尤其是，结论草案 9 第 1 段规定：

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。(原文无下划线)
2. ……

类似的措词出现在评注中，包括反复提到一项要求，即该国家惯例必须伴有对此惯例被“允许、要求或禁止”的信念²⁸ (原文无下划线)。

首先，我们建议使用“出于”而不是“带有”，因为“出于”更明确地表示，整个惯例必须出于一种法律义务感。例如，可能仅部分受法律方面考虑因素驱动而采取某种惯例。整个惯例可能被理解为“带有”一种法律义务感而采用，而只有“出于”一种法律义务感采用的惯例的那部分将成为被接受为法律的惯例。

美国原则上同意，国际法承认各国有某些权利(如固有的自卫权、或航行权和海洋法规定的沿海国应享权利)，行使这些权利的国家可以这样做，而背后的法律观点是他们依法有权如此行事。然而，我们认为，在这种情况下，在结论草案 9 明确纳入法定权利的概念没有必要，因为各国的普遍理解，出于“一种法律义务感”采用这一概念酌情涵盖了出于“一种法律权利或义务感”采用的国家惯例(用国际法院的话说，“承认涉及法律规则或法律义务”)。²⁹ 例如，一国的法律义务有时可定性为其他国家的权利(例如一国不实施侵略行为的义务也是其他国

²⁷ 例如见 Restatement Third of the Foreign Relations Law of the United States, sect.102(2); John B. Bellinger, III and William J Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), p. 444.

²⁸ 例如，见结论草案 9 评注的第(2)段。

²⁹ 《北海大陆架案，判决，1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 43 页，第 74 段。

家免受侵略行为的权利), 反之亦然。在结论草案中加入“权利或”会造成一个错误印象, 即法律权利这一概念未在“一种法律义务感”一语中得到考量。

而加入“权利或”会暗示, 为确定国家是否可采取行动, 需要进行与为确定各国是否须以某种方式行动而进行的状态和法律确信研究相同的研究, 因而可能导致混淆不清。美国认为, 重要的是该结论草案和评注坚持使用关于该问题的广泛使用的常见措辞, 以避免与现有国家惯例产生任何冲突, 也避免被误解, 进而影响各国在没有法律限制的情况下可自由行动这一长期原则。见《“莲花号”案, 1927 年常设国际法院汇编(A)》, 第 10 号, 第 18 页。各国在合法开展法律未进行限制的惯例之前, 不必确定法律确信, 也不必证实存在一般且一贯一致的国家惯例支持一项行动的合法性。

鉴于在这一问题上可能产生误解以及“一种法律义务感”使用已久, 我们认为结论草案的案文应保留常见表述, 去掉“权利或”, 特别报告员的结论草案初稿中也并没有该措辞。³⁰ 我们认为, 评注应解释, 广泛使用的措辞“一种法律义务感”不仅可以包括法律义务, 而且在适当情况下包括法律权利。评注还应该明确, 如果没有法律限制, 一国不需要识别具体的习惯国际法权利来证明其行动有理, 而是可以依靠一项一般原则, 即各国在没有法律限制的情况下可自由行动。

基于上述理由, 美国认为, 结论草案 9 的内容应编辑如下:

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出于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。

无论如何, 美国还认为, 应在评注中添加内容大致如下的措辞:

(#) 将规则接受为法律(法律确信)通常被描述为“一种法律义务感”, 结论草案 9 坚持使用这一措辞, 以避免提出对共同理解的任何修改。但在适当情况下, 各国早就知道这一概念涵盖法律权利和法律义务, 用国际法院的话来说, 表明了“普遍承认, 所涉及的是一项法律规则或法律义务”。³¹

(##) 但结论草案 9 并不表明, 如果没有法律限制, 国家需要识别一项具体习惯国际法权利来证明其行动有理。换言之, 按照各国在没有法律限制的情况下可自由行动这一由来已久的原则, 不必确定法律确信, 也不必证实普遍和一贯的国家惯例支持一项行动的合法性。见《“莲花号”案, 1927 年常设国际法院汇编(A)》, 第 10 号, 第 18 页。

³⁰ 国际法委员会第六十六届会议工作报告(2014 年), 《大会正式记录, 第六十九届会议, 补编第 10 号》(A/69/10), 第 240 至 241 页, 脚注 830。

³¹ 《北海大陆架案, 判决, 1969 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 43 页, 第 74 段。

2. 结论草案 10——被接受为法律(法律确信)的证据形式

奥地利

[原件：英文]

同样，结论草案 10(被接受为法律(法律确信)的证据形式)仅涉及国家对法律的接受。有必要澄清如何确定与国际组织相关的法律确信。

[见上文关于结论草案 4 的评论]。

白俄罗斯

[见上文关于结论草案 6 的评论]。

捷克共和国

[原件：英文]

没有做出反应，作为法律确信的证据——结论草案 10 第 3 段

结论草案 10 第 3 段规定，“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”。本结论草案评注加入了上述情况下需满足的两项要求：首先，“至关重要是，已有对该惯例做出反应的要求，有关国家必须已知悉该惯例(包括由于宣传了该惯例，必须推定该国已有所知悉的情况)，且该国必须有足够的时间和能力采取行动”。

评论：

捷克共和国认为，本结论草案(连同其评注)并未充分反映出个别国家不作为或“没有做出反应”的不同类型，及其可能对习惯法规范存在或建立的不同意义。

尽管一般认为各国会对其他国家的惯例做出反应，但是不做出反应存在各种原因。国家可能仅仅由于外交和政治方面的考虑或因缺乏能力或与其他国家相关具体行为无直接利害关系，而没有做出或拒绝做出反应。因此，国家在某一具体情况下没有做出反应的原因可能与对该惯例以及这些国家对该惯例的反应或无反应的法律评估无关。

因此，捷克共和国建议除其他外，更多关注对以下二者进行区分：与其他国家相关惯例尤其(特别、直接)相关、尤其(特别、直接)涉及其他国家相关惯例或尤其(特别、直接)受其他国家相关惯例影响并且知悉其反应或不做反应的法律意义的国家没有做出反应；其他可能基于政治、现实或其他非法律考虑因素而非出于习惯法律义务感的其他国家的不作为或没有做出反应。

此外，我们认为，委员会还应分析以下对相关惯例没有做出反应的两种情况之间的区别：在习惯国际法中的任何规则尚未规范的领域中可能订立新的国际法规则的情况；潜在的新规则将偏离已经确立的习惯规则的情况。已经存在某一习惯规则的事实作为一项稳定因素，总体上减少了对偏离规则(原则是，偏离已确立

的规则，则被视为违反该规则，而非被视为开始建立一项新的规则)的其他国家惯例做出反应的必要。

捷克共和国基于上述评论意见，提议将结论草案 10 第 3 段删除或予以较大程度的重新拟订。

以色列

[原件：英文]

没有做出反应，作为法律确信

目前的案文：结论草案 10 提及从国家“没有做出反应”的情况进行关于国家法律确信的推断。

评论：

- 我们认为，结论草案 10 没有充分反映在依靠不做出反应作为法律确信的证据方面的难度和复杂性。
- 不可否认，在一般情况下，出于遵守一项习惯国际法规则而故意不作为对与识别习惯国际法相关的国家而言实际上是消极惯例。例如，如果一国故意惩戒酷刑，因为该国认为通常有义务这样做，那么不作为构成国家惯例。然而，仅仅没有做出反应本身并不构成惯例：当一国仅仅不作为时，该国缺少惯例。因此，只有解释该国不作为理由的明确证据才可以表明，该国是否缺少与所称习惯规则相对的惯例(默认的情况应该如此)，或该国是否由于法律确信而故意不作为，因此产生了消极惯例。
- 这一结论也比照适用于在结论草案 10 提及的情形下一国没有对另一国的惯例做出反应的情况。法律确信是主观因素，代表一国对其习惯国际法规定的权利和义务的确信，故须积极和明确地加以宣布。因此，例如当一国未能抗议另一国在其海区捕捞时，没有做出反应本身并不构成法律确信，即该国认为这种捕捞活动是国际法所允许的。原因很可能是其不抗议和允许该惯例的动机是政治方面或外交方面的，或者该国实际上在抗议，但出于各种原因只能以私下和保密的方式抗议。因此，该国家在这些情况下的沉默本身不能被视为法律确信。
- 换言之，与结论草案 10 第 3 段及其评注第 7 段相反，没有做出反应这一条不仅需要特定情况要求做出反应并且该国有能力作出反应。还需要证据证明，没有做出反应本身源于习惯法律义务感。

修改建议：

- 我们提议，结论草案 10 及其评注应说明，实际很难确定“消极”惯例或“消极”法律确信，并强调根据上述评论，一国没有做出反应本身(在缺少其他证据的情况下)不能被解读为表明存在惯例或法律确信。

- 另一种办法是，我们建议不直接提及一国没有做出反应的情况，因为在这种情况下确定两要素所需的证据类型与其他情况下要求的证据并无不同。

国家的行为和声明，作为国家惯例和法律确信的证据：国内上级法院的判决

[见上文关于结论草案 6 的评论]。

荷兰

[原件：英文]

结论草案 10 将国内法院的判决列为一种法律确信的证据形式。我们认为国内法院的判决可以作为证据。国内法院的判决只有在此类判决未被该国政府驳回的时候才能成为法律确信的证据。只能在政府考虑并对外发布此类判决不代表该国对此事的立场时，才可以说这种驳回存在。这种资格要求源于法律确信要求政府不同分支达成一致的主张。

结论草案 10 在第 3 段中提到将对一种惯例没有做出反应作为法律确信的证据。我们赞赏所采取的总体谨慎的办法，即反对就国家的沉默或不作为得出过多结论，并赞成着重指出，重要的是只有在期望做出反应时，没有反应才可能产生后果。这表明，规则不是沉默意味着默许，而是在某一特定情况下，显而易见需要反应，但没有做出反应。我们建议，这方面的评注考虑到国家稍后可能给出的关于某些立场及其可能沉默的解释的作用。我们还建议，评注应关注一国进行抗议，但以保密或至少不公开的方式进行抗议的可能性。在后一种情况下，我们认为没有对某些行为做出公开反应不能被视为该行为被接受为法律的证据。

结论草案 10 没有提及国际组织的法律确信。我们建议，在评注中予以提及，明确表示也有可能国际组织的法律确信。这是基于上文提及的这些组织的国际法律人格而提出的建议。

新西兰

[原件：英文]

结论草案 10 第 3 段：没有做出反应，作为法律确信的证据

和其他一些国家一样，新西兰也对一国没有对另一国的惯例做出反应可以在多大程度上被用来推断法律确信持谨慎态度。没有做出反应在某些情况下可能意味着接受法律。但是，这不能假定。有许多正当理由导致一国可能不对另一国的行动公开做出反应或进行抗议。各国在考虑是否和如何应对另一国的行动时必须平衡各种利益，包括保持友好关系和国际事务的有效运作。在一国没有受到所采取行动的直接影响或在其中没有特别的利害关系时，更是如此。在另一些情况下，一国可能认为更适合在保密的基础上做出反应。

因此，新西兰支持结论草案 10 第 3 段中的附加条件，即只有在有关国家有能力做出反应并且情况也要求做出某种正式公开反应的情况下，没有做出反应才

可以作为法律确信的证据。新西兰还同意评注第 7 段中对该附加条件的解释。新西兰认为，在这一段中列出的其他要素出现在结论草案案文中更恰当。特别是，新西兰认为该国家必须：受到所涉惯例的直接影响；知悉该惯例；有足够的时间和能力进行应对。

[见上文关于结论草案 6 的评论]。

大韩民国

[见上文关于结论草案 6 的评论]。

美利坚合众国

[原件：英文]

不作为

一国的不作为反映了该国法律确信的情况比一国故意不作为因此可能构成惯例的情况更少见。大多数国家行为(作为和不作为)不是出于国际法方面的考虑。因此，一国未能采取行动很少表明该国对国际法的意见。例如，不能从一国在某一特定情况下不行使外交保护的決定推断出该国家得出结论认为某项特定行为(一项条例或其他措施)未违反国际法。在许多情况下，一国可能认为有正当理由行使外交保护，而且需要对方国家履行国际责任，但出于政治或现实原因决定不提出有关要求(例如，为避免双边激化、为解决国内政治问题或出于其他非法律的原因)。

在这种情况下，我们建议修改结论草案 10 及其评注第(7)段的案文。

为了明确指出一国的故意不作为必须出于法律考虑因素以反映法律确信，我们建议将结论草案 10 第 3 段修改如下：

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，而且若该国出于一种法律义务感做出不做出反应的決定，则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。

此外，尽管我们同意结论草案 10 评注第(7)段中沉默成为被接受为法律的两项“要求”，但是我们认为，需要修订第一项要求以反映这样一个事实，即各国常常出于政治(国际或国内)或其他原因，如政府资源有限，而选择不实施法律允许的行为。

因此，我们认为在第(7)段中以“首先”开头的一句应改为：

首先，至关重要的是，已有对该惯例做出反应的要求：例如，如果这种惯例(直接或间接)影响——通常是不利地影响——没有或拒绝做出反应的国家的利益或权利，且影响程度或所处情形使没有做出反应这一点成为其法律立场的证据，即可能是此种情况。[脚注略]

[另见上文关于结论草案 6 的评论]。

其他问题

请参考上文的讨论中美国对一国的不作为或沉默可以被适当地视为国家惯例或相关国家法律确信证据的情况的关切。

对结论草案 10 评注的第(5)段，美国还希望指出，必须谨慎评估什么构成国家法律确信的证据。例如，政府正式出版物经常(如果不是最常)反映政策和国内法律方面的考虑因素，而不是反映或仅仅反映任何国际法因素。此外，正如美国回应红十字国际委员会《习惯国际人道主义法研究报告》，指出“虽然[军事]手册可能提供国家行为和法律确信的重要指示，但是这些手册不能代替对与实际军事行动相关的行动国家惯例进行有意义的评估”。³² 同样，国内法院的判决通常基于国内法，而非国际法。因此，必须认真评估证据，以确定证据是否确实反映了一国对习惯国际法当前状况的意见。

此外，在许多情况下各种相关国家惯例或法律确信的信息有限，因此在对一项习惯法规则是否形成下结论时应谨慎。有些国家惯例可能被其他国家知晓，但未予公布。此外，政府行政部门内部给出的大多数法律意见是在保密的基础上提供的。在得出一项习惯国际法规则是否存在的结论时，必须认真考虑所有相关惯例和法律确信，即便这些惯例和法律确信公众无法获得。³³

D. 第五部分——某些材料对于识别习惯国际法的意义

1. 结论草案 11——条约

白俄罗斯

[原件：俄文]

在习惯国际法和条约国际法之间的相互作用方面(结论草案 11)，需要进一步研究普遍多边国际条约“溢出”进入国际习惯(结论草案 11 第 1 段(c)分段)。对此类“溢出”的定性和(或)定量标准及其动因和法律范围需要加以确定。

³² John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary international Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), p. 445.

³³ 例如，见 Daniel Bethlehem, “The Secret Life of International Law”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, p. 23, at p. 24 (2012)(“而国际法的独特之处是，国家对国际法的解释和适用是(通过国家惯例、通过法律确信、通过国家解释和适用条约的行为)创造和发展国际法过程的一个重要部分(例如，根据《维也纳条约法公约》第 31 条中各款，包括嗣后惯例在条约解释方面的作用等内容)，在与解释和适用安全理事会决议等相关的国家行为中创造和发展国际法。有鉴于此，若要严格周详地确定国际法的内容，则不能只看文书的案文。必须更广泛地考虑一系列其他资料。其中有些显而易见，已被收集，例如在《英国年鉴》中的英国惯例。然而，其中大部分不为世人所知，因为是在政府内部发生，从不需要公布，且往往不宜公布”)。

以色列

[原件：英文]

条约作为习惯的证据

目前的案文：结论草案 11 及其所附评注涉及“条约特别是广泛批准的多边条约对于识别习惯国际法的意义”。评注第(3)段强调，“已经几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有指示性”。

评论和修改建议：

- 结论草案 11 及其所附评注准确地指出，条约和习惯是国际法的不同来源，必须分开。事实上，各国可能正是因为条约的规范特征不同而选择加入条约(例如，尽管事后退出习惯不可能，但通常可以事后退出条约)。
- 条约与习惯之间的一项重要区别与国家同意的性质有关。当一国加入条约时，该国同意自己担负某些义务。但是当一国阐明其法律确信时，该国表示相信其他国家也受到同样的约束。因此，无法仅利用一国同意一项条约作为法律确信的必要证据。
- 尽管结论草案 11 评注第(7)段对这种情况下的条约和习惯进行了准确区分，但是评注第(3)段似乎将二者混为一谈，特别是对获得广泛接受的条约而言，即使这些条约并不一定反映习惯国际法。因此，我们建议删除结论草案 11 评注的第(3)段。或者，我们建议删除结论草案 11 评注第(3)段结尾处对尚未生效，或尚未获得普遍参与的条约的提及。

新西兰

[原件：英文]

新西兰支持结论草案 11 对条约在习惯国际法规则形成过程中所起作用的总体办法。新西兰认为，结论草案的措辞符合《维也纳条约法公约》第三十八条所表述的原则。

新西兰认为，结论草案 11 第 1 段(a)至(c)分段确定的三个类别有帮助，准确地反映了条约在这方面可以发挥的作用。新西兰指出结论草案 11 第 1 段起首部分的“条件是能够确定”这一表述很重要，欢迎在评注第(4)段中进行了澄清，即规则的存在必须由惯例和法律确信的证据来印证。

新西兰还支持纳入结论草案 11 第 2 段以及评注第(8)段中对依赖双边条约尤为谨慎的态度。

新加坡

[原件：英文]

结论草案 11 第 1 段目前提供了条约所载的规则可反映习惯国际法规则的三种方式。所附评注澄清，对(c)分段而言，条约规则产生一项新习惯法规则的过程不能轻率地视为已经发生。

对一项条约规则可体现习惯国际法方式的这种差别对待在结论草案 11 第 1 段的案文中不明显。新加坡因此提议，对结论草案 11 第 1 段加以修订，使这种差别明确体现在结论草案的案文本身之中。

新加坡还希望强调，在确定是否存在反映一项习惯国际法规则的一项条约规则时，应首先通过条约解释法解释该条约的案文来确定该具体条约规则的内容、范围和界限。³⁴ 不应仅因为发现在另外一项条约中的另一项类似措辞的条约规则反映了习惯国际法，就假定一项习惯国际法规则反映在一项条约规则中。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国同意结论草案 11(条约)的案文，认为其准确体现了条约条文反映习惯国际法原则的方式。

然而，我们对结论草案评注的一些方面感到关切。

首先，我们认为应删除评注第(3)段第一句的最后一段话(“已经几乎获得普遍接受的条约可被视为特别具有指示性”)及所附脚注。我们认为，这段话可能被误以为表示得到广泛批准的条约极有可能体现习惯国际法的准则，但事实并非如此。我们同样认为，脚注 323 的引文暗示，得到广泛批准的条约可以不必证明存在一般惯例和被接受为习惯国际法，但这一点可能是不准确的。

其次，评注第(3)段最后一句应作修改，用“批准”代替“参与”，这样更为精确。“参与”可能被误认为表示，只有为数不多的一些国家谈判的条约才有可能具有影响力的，但实际上并非如此。此外，该款应补充指出，仅仅是国家批准一项条约，本身并不表明条约的这一条款可能符合习惯国际法。例如，如果一项得到广泛批准的条约的某些条文在实践中没有得到条约缔约国的执行，执行乏力将使人怀疑一项结论，即存在必要的国家惯例认定有关条约规定体现了习惯国际法。

再次，就关于多项条约所设规则的结论草案第 2 段而言，我们强烈同意评注第(8)段陈述的一项事实，即根据多项条约规定一项规则，并不能推定该规则体现习惯国际法。实际上，需要在许多项条约中重复该规则这一点恰恰可以证明相反的情况，即该规则不是习惯国际法。为确定一项经常重复的条款是否是习惯规则，

³⁴ 见 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一至三十三条。

需要同其他可能的习惯规则一样，评估国家惯例和法律确信。证明国家负有条约义务是不够的。必须证明国家表示在习惯国际法下也负有义务。

2. 结论草案 12——国际组织和政府间会议的决议

白俄罗斯

[原件：俄文]

总的来说，白俄罗斯认同结论草案 12 至 14 所示的委员会关于国际组织所通过决议和其他文件重要性的意见。然而，关于国际法学家的著作以及国际性法院和法庭的裁决，谨指出以下问题。

这些渊源对于习惯国际法规则的识别无疑是有价值的，它们以更为便利、清晰、合理的方式提供了关于存在习惯国际法规则组成要素的证据。在这方面，它们与手头议题无疑是有相关性的。与此同时，由于国际习惯完全建立在国家惯例的基础上，因此无法在其他任何背景下考虑这些渊源。

除提到一国表示直接反对决议(投票“反对”)的情况之外，结论草案 12 评注第(6)段不妨提到有关国家未表示明确支持的情况。即便是协商一致通过的决议也可能无法证明法律确信存在，但可以证明大部分国家对决议所涉问题缺乏兴趣，或其条文仅是泛泛而谈，因此当然没有什么法律意义。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件：英文]

此外，我们赞赏关于国际组织决议的结论草案 12 的评注所作的阐述。正如我们在第六委员会所述，我们注意到特别提及大会作为几乎普遍参与的论坛，作用十分重要。另外，正如特别报告员迈克尔·伍德爵士在其第三次报告中所指出，大会决议作为习惯国际法的证据或习惯国际法的推动力，可具有特别的相关性。然而，该报告还指出，在确定此类决议的规范价值时应保持谨慎，因为“大会是一个政治机关，很难确定其行为是否具有司法意义。”北欧国家认为，在评注中进一步阐述两个具体角度，将有助于讨论大会决议的规范价值：首先，进一步讨论联合国大会的特别性质，以及其与其他国际组织的区别。其次，大会决议内容的重要性及其通过条件。换言之，在哪些具体领域，决议往往会法律确信的表示。

新西兰

[原件：英文]

新西兰总体上同意结论草案 12 的各项结论以及所附评注的进一步解释。新西兰认为，有充足的司法权威依据支持一项结论，即一个国际组织通过的决议在特定情况下可被视作一项习惯国际法规则存在或内容的证据。同样，新西兰认同，这些决议可促进此类规则的发展。在这方面，新西兰认识到《世界人权宣言》等决议对习惯国际法发展的贡献。如果表达清晰、广受支持，此类宣言性质决议的案文可成为法律确信的有力证据。新西兰还认同结论草案 12 第 1 段和结论草案

12 第 3 段的结论，即如果没有相应的国家惯例，此类决议本身并不能创立习惯国际法。正如一个代表团在之前的第六委员会一次辩论中所说，决议可以“提炼”一项习惯国际法规则，但“不能宣布”一项习惯国际法规则。

如上所述，新西兰认为应当进一步考虑结论草案 12 和结论草案 4 第 2 段之间的关系。正如结论草案 12 评注第(3)段所确认，通过一项决议是有关国际组织的法律行为。因此，不妨更加清楚地分析此类行动为何不被视为结论草案 4 第 2 段规定的国际组织“惯例”。

[见上文关于结论草案 4 的评论。]

新加坡

[原件：英文]

新加坡赞同结论草案 12 第 1 段和结论草案 12 第 3 段。新加坡还赞同所附评注第(4)段，即“[国际组织或政府间会议通过的决议]就其本身并不构成‘速成习惯’。”

然而，我们建议修订结论草案 12 第 2 段，表示只有“在特定情况下”，国际组织或政府间会议通过的决议才可作为构成一项习惯国际法规则存在及其内容的证据，或促进其发展。“特定情况”体现了国际法院《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。³⁵ 在结论草案案文中，这一表述还明确了一点，即并非所有此类决议均能提供习惯国际法的证据，或是促进其发展。

所附评注第(6)段提醒，“应逐例对各种因素进行仔细的评估，以核实所涉国家是否确实意在”借助国际组织或政府间会议通过决议来“确认一项习惯国际法规则的存在”。新加坡认为，考虑国际组织或政府间会议的特定权力、成员和职能亦对这样的评估有意义。³⁶ 因此，结论草案 12 所附评注应纳入这些因素。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国赞赏委员会和特别报告员仔细探讨了国际组织和政府间会议决议作为习惯国际法证据的问题。美国赞同此类决议可为一项潜在的习惯国际法规则提供有关信息，主要涉及国家的法律确信，但也涉及其惯例。但正如结论和评注草案所反映的那样，必须十分谨慎地对待决议。美国注意到，仅是联合国大会第七十一届会议就通过了 329 项决议。不可避免的是，许多决议未经充分辩论和审议便得到通过，其程序(如协商一致方式)只能反映特定国家的有限观点。此外，由于

³⁵ 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，国际法院 1996 年案例汇编》，第 254-255 页，第 70 段：“法院注意到，大会的决议，即使没有约束力，有时也会具有规范价值。在特定情况下，这些决议为确立规则或法律确信的出現提供了重要证据……”（着重部分由作者标明）。

³⁶ 委员会在结论草案 4 所附评注第(8)段中在论及国际组织惯例时提到国际组织的不同权力、成员和职能。

决议数量众多，国家能力有限，选择支持还是反对一项决议可能是出于政治原因，而非基于对决议内容的法律分析，也不顾及与决议所涉习惯国际法规则表述或评估的意见不一致。³⁷ 因此，即便是得到广泛支持的决议，也只能有限或模棱两可地反映各支持国的惯例和法律确信。因此，当将这些决议作为国家惯例或法律确信提供时，必须对其保持一定的怀疑。无疑，此类决议本身不足以证明一项习惯法规则的存在。必须确定有关条款符合结论草案 12 所述被接受为法律(法律确信)的一般惯例。

美国认为，在评估一项可能的习惯国际法规则时，为体现在对待决议时应有的谨慎，并且符合评注第(5)段引用的国际法院《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》的措辞，应在结论草案 12 第二段加入“在特定情况下”。修改后行文如下：

2. 在特定情况下，国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可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. 结论草案 13——法院和法庭的判决

白俄罗斯

[见上文关于结论草案 12 的评论。]

新西兰

[原件：英文]

结论草案 13：各国法院的判决

新西兰赞同结论草案 13 评注第(7)段的意见，即试图依据各国法院的判决确定习惯国际法规则的存在或内容时应采取谨慎态度。各国法院的法官并非总是国际法专家，正如该段所指出，他们可能无法总是听取各国的论述。新西兰赞同在这方面应当更多考虑国际性法院和法庭的判决，并建议结论草案 13 本身的措辞应当更直接地体现这一点。

新加坡

[原件：英文]

新加坡注意到，结论草案 13 严格遵循了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的措辞，其中规定司法判决是确定国际法规则的“补助资料”。因此，新加坡肯定了结论草案 13 体现《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项下现有法律的部分。

³⁷ 美国赞同评注中的一些表述，即一般性发言、解释投票发言、解释立场发言和脱离协商一致发言与确定某一决议是否有助于识别某一习惯国际法规则有关。这些发言可表明，尽管各国支持整个决议，但一个或多个国家所持的观点与决议的具体措辞有很大差异。但必须指出，并非所有的国家都充分利用这些发言，即便它们不是完全支持一份决议的措辞。此外，即使解释了立场或作出了类似发言，这些解释或发言在多年后也难以寻找，从而使人难以确定一份决议的措辞是否反映了其通过时所有支持国的观点。

就所附评注第(6)段委员会对“各国法院”的定义而言，新加坡认为这包括新加坡国际商业法庭，该法庭由新加坡和国际法官组成的小组进行裁决，解决国际商业纠纷。

美利坚合众国

[原件：英文]

结论草案 13 和 14 讨论了法院和法庭判决及学说可作为识别习惯国际法规则的补助资料的情形。这些结论草案的评注适当指出了一项重点，即(除各国法院判决可构成国家惯例的情况外)法院和法庭判决和学说本身不构成国际法的渊源，但可准确地编纂和有力地分析国家惯例和法律确信的证据，因此有助于解释法律规则。根据这一点，我们建议委员会在评注中澄清司法意见作为识别习惯国际法补助资料的价值所受到的限制。

例如，正如《国际法院规约》第三十八条被结论草案 13 忽略的限定内容所体现的那样，国际性法庭的判决一般只对法庭的当事方有约束力。即便是国际法院也不提供对所有国家具有约束力的习惯国际法解释。

一个典型的例子是，在诉讼中，各国可能选择坚称或拒绝质疑规则具有习惯法性质，这是诉讼战略使然，而不是因为经过详尽评估得出这些规则具有习惯法性质。在一起案件中，法庭可能仅凭各方没有争议，不经分析便认定一项规则具有习惯法性质，而在另一起案件中，法庭可能在各方和法庭之友作出有力陈述后仔细审议问题。国际刑事法庭对习惯国际法的评估可能进行同样的考虑，特别是在各国不以诉讼当事方或法院之友的身份提供有关问题看法的情况下。

还应当考虑法庭判决出现矛盾或知名专家在复杂的习惯国际法问题上出现分歧的情况。不妨建议使用补助资料者寻找存在冲突或分歧的观点，以便最准确地评估法律。

将上述几点加入评注，可有效帮助读者以更具批判性的方式评估法院、法庭或国际法专家关于习惯法的陈述。

4. 结论草案 14——学说

白俄罗斯

[原件：俄文]

委员会的主要目标——编纂国际法，拟订国际条约草案——固然十分重要，但自委员会成立以来，识别习惯国际法(主要是为了今后的编纂工作)或多或少是其工作的关键方面。因此，应在结论草案中(例如在结论草案 14 评注中)特别提及委员会的著述是识别习惯国际法的补助资料。

[见上文关于结论草案 12 的评论。]

以色列

[原件：英文]

应用两要素法

[见上文关于结论草案 2 的评论和关于结论草案 3 的评论。]

建议结论草案 14 评注第(4)段作出类似修改，国际法专家的工作也应是详尽、实证和客观的。

美利坚合众国

[见上文关于结论草案 13 的评论。]

E. 第六部分——一贯反对者

1. 结论草案 15——一贯反对者

白俄罗斯

[原件：俄文]

关于一国一贯反对形成一项习惯国际法规则的情况，在处理上存在矛盾。结论草案 15 及所附评注应当更详细地研究可在何种情形下免除国家履行已出现的习惯规则所引起的义务。研究该问题时，应结合不作为作为一种惯例形式和(或)构成接受为法律的问题，以及默示同意形成一项习惯规则的问题。

我们认为，一个国家公开正式反对一项国际习惯，可以使该习惯规则不可施用于该国，但条件是其他大部分国家不会出于对国际社会具有重要意义的原因和为了保护国际法律体系完整性而提出异议。

在结论草案 15 第 1 段中，需要明确形成习惯国际法规则的时限。应该特别注意国家主权平等原则以及未经国家明确同意不得向其施加义务的理念。此处或许应当指出，正在出现的规则不具约束力，并且不会为一贯反对者设立义务。

尚不完全清楚在规则正在形成并被接受为具有约束力的过程中，如何要求一个国家坚持反对(结论草案 15，第 2 段)。这一要求也为各国造成了沉重负担。一国在较短时间内没有提出反对，可能会被误解为默示同意规则，并且暗示反对国接受国际法义务的存在。我们认为，这可能使各方对有关国家的今后行为产生无根据的预期。我们提议进一步细化这个方面，并循结论草案 10 第 3 段的做法为例，即在结论草案中额外提及国家是否准备好作出反应，以及实际情况是否要求作出此类反应。

中国

[原件：中文]

第三，结论 15 规定了“一贯反对者”规则，在评估有关反对是否被“一贯”坚持时，评注中指出“不应期待国家在每个场合作出反映，尤其是在其立场上已

广为知晓的情况下”。中方认为这总体上符合国际实践，但认定“一贯反对者”需要根据具体情况，综合考虑各种因素，包括有关国家在特定情况下有无条件作出反对，以及如果有关国家已在适当时候作出清楚无误的反对，该国无需重申反对。建议在结论 15 的评注中进一步明确上述考虑。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件：英文]

我们回顾往年所作评论，欢迎加入一贯反对者规则。北欧国家赞同，如一国一贯反对一项正在出现的习惯国际法规则，并在规则具体化后仍坚持反对，则该规则不可对其施用。在这方面，必须特别注意国家所反对规则类别，必须考虑到对基本原则、特别是保护个人原则的普遍尊重。我们还赞同，一旦一项习惯国际法规则已经形成，先前未表示一贯反对的国家将不能通过反对摆脱其约束力。最后，我们赞同评注中关于结论草案列入一贯反对者内容不影响任何强行法问题的意见。

萨尔瓦多

[原件：西文]

应当指出，在提及“一贯反对者”机制的结论草案 15 中，为进一步明确其条例，必须说明，应明白使用该机制不影响任何强行法问题。

最后，不能认为有任何一项机制与强行法规则的普遍性和约束性冲突。萨尔瓦多宪法分院的判例确认了这一点，该法院援引国际义务，以确保依据危害人类罪和战争罪法律实施有效的惩罚，认为“肯定追诉时效不适用于此类罪行是各国共同的、具有习惯法性质的确认，并已经上升至一项普遍具有约束力的国际法强制规则(强行法)，不论其是否被纳入具体公约或国内法，即无需源自特定国际公约的具体义务”(2016年7月13日第44-2013/145-2013号违宪案裁定)。

以色列

[原件：英文]

一贯反对

目前案文：结论草案 15 评注第(9)段将必须“坚持”反对解释为要求“当情况要求重申反对立场时则应重申”，同时指出，若沉默或不作为可合理导致关于该国已放弃其反对立场的结论，则亦属此类情况。

意见：

- 我们认为不仅应列出一贯反对的标准，还应列出撤回反对的标准。我们建议澄清结论草案 15 的案文，即必须以实际重新考虑一国法律确信的形式明确表达撤回反对。从下列行为解释撤回会造成问题：仅仅是沉默；没有一再重申立场；不作为(尤其是因为这样的沉默或不作为源自其他

非法律方面的考虑)。实际上,根据国家主权原则,不宜只依据对一个主权国家行为的解读而试图否定该国明确表示的反对。

- 我们还感到关切的是,如将结论草案 15 中的“始终坚持”概念与评注草案结合起来看,可能会使人误以为反对需要再三重复方可具有效力。即使这不是评注的本意,作为原则问题,并且适当顾及外交关系和国际会议的有效开展,也不妨澄清,一个主权国家在一项习惯原则形成期间明确表示的反对足以确立反对,通常不需要通过重复来维持其效力,这样的澄清是有必要且有益的。

修改建议:

- 按照英挪渔业案的精神,我们提出将结论草案 15 修改为:“……只要该国未取消反对……”。
- 我们建议结论草案和评注加入撤回反对的明确标准,将撤回反对明确表示为一国法律确信的变化,向其他国家告知而不仅仅是暗示。我们还建议评注澄清,通常,在适当时间明确表示的反对足以使一国成为某一习惯规则形成的反对者,无需再三重复。在这方面,我们还建议结论草案 15 评注第(5)段承认,由于形成过程没有明确定义和划分,很难确认一项规则具体化的确切时间。

特别受影响的国家和一般惯例

目前案文:此外结论草案 15 评注第(2)段称:“要把一贯反对者同为数众多的国家反对制定一条习惯国际法新规则并因而使该规则完全无法具体化(因不存在被接受为法律的一般惯例)的情况区分开来。”

评论:

- 关于上述结论草案 15 评注第(2)段,我们感到关切的是,需要“为数众多”的国家反对一条规则而使之无法成为习惯法的说法,可能会被误解为撤消了北海大陆架案牢固确立的责任,即只有广泛、具有代表性和几乎一致的惯例,习惯才能形成。

修改建议:

- 此外,为避免上文提到的误解,考虑到上文关于特别受影响国家的评注,我们建议将结论草案 15 评注第(2)段修正如下:“……足够数量的国家反对制定一条习惯国际法新规则并因而使该规则完全无法具体化”。

[见上文关于结论草案 8 的评论意见。]

荷兰

[原件:英文]

谨重申我们一贯反对结论草案 15 关于“坚持反对”的要求,我们首次在 2015 年第六委员会关于国际法委员会报告的讨论过程中提出这一反对。我们质疑这一

要求的来源，它似乎在理论和逻辑上均是错误的。一贯反对者概念的核心理念是，国际法是各方协商一致的制度。虽然订立条约明显需要各方明确同意，但在习惯国际法中并非如此。在习惯国际法的形成中，国家无需明确同意也可以接受其约束。相反，只有明确无误、连贯一致的反对才能阻止国家接受约束。一个关键的条件是，必须在规则的形成过程中提出反对，之后提出的反对达不到避免被约束的效果。如果是这样，那么可以合理认为，一旦通过必需步骤形成一贯反对者立场，并且习惯规则已经确立，那么该立场无需再通过继续反对的形式进一步表达出来。如果国家在规则形成期间表示希望不被约束，则它没有义务重复希望不被约束。我们的意见是，规则事实上恰恰相反：只有在嗣后惯例或一贯反对者表示的法律意见支持“新”规则，并脱离其原本的一贯反对立场时，才会失去该立场。因此我们建议，就一贯反对者而言，评注草案应明确，在规则形成期间明确表示的反对通常足以使国家成为一贯反对者，除非嗣后惯例或一贯反对者表示的法律意见支持“新”规则，并脱离其原本的一贯反对立场。

新西兰

[原件：英文]

新西兰总体上认同结论草案 15 对一贯反对者规则的论述。新西兰支持结论草案 15 第 1 段的澄清，即一贯反对者的存在本身不会阻止一项习惯国际法规则的形成。新西兰同时确认，在多数国表示反对的情况下，这一惯例将难以普遍传达，不足以形成习惯国际法规则的第一构成要素。结论草案 15 评注第(8)段有效阐释了这一点。

新西兰赞同先前其他一些国家已经提出的意见，即国家不可能坚持一贯反对一项强行法规范。对此，新西兰认为结论草案 15 评注第(10)段不够恰当。新西兰认为一贯反对者原则和强行法之间的关系不一定在目前议题范围之内，担心若不讨论该原则会导致结论草案不完整。新西兰认为，评注和结论草案本身的案文应当更充分地体现该原则。

大韩民国

[原件：英文]

关于涉及所谓“一贯反对者”的结论草案 15，大韩民国政府指出，一贯反对者学说是习惯国际法理论中最具争议的问题之一。我国政府认为，该学说对国际法规范制定进程具有重大影响，因此应非常谨慎地进一步予以审查。

新加坡

[原件：英文]

新加坡肯定结论草案 15 第 1 段所述“一贯反对者”原则存在，认为其存在属于现行法。

就结论草案 15 第 2 段而言，新加坡特别欢迎委员会确认，不能期望坚持一贯反对的国家在每一个场合都提出反对，特别是在其立场已经众所周知的情况下。确定是否要求一国坚持反对，应当“以务实的方式进行，并考虑具体情况”。

最后，新加坡指出委员会加入结论草案 15 对强行法问题不构成影响，并进一步指出，委员会正在就一般国际法的强制性规范(强行法)议题单独开展工作。我们同意，考虑到两个议题的工作正处于不同阶段，委员会可能尚无法就强行法和一贯反对者原则之间的关系达成立场。

美利坚合众国

[原件：英文]

美国赞同结论草案 15 评注第(9)段的意见，即在评估是否构成坚持一贯反对一项习惯法规则时，必须用现实的方式，牢记每起案件的实际情况，并且申明一个重点，即“不应期待国家在每个场合作出反应[重申其反对]，尤其是在其立场已广为知晓的情况下”。对此，我们感到关切的是，第(9)段使用的特定案例，即“反对国出席再次肯定该规则的会议”，可能具有误导性。我们认为，国家没有必要在某一场会议上表示反对，以维持自己一贯反对某项被其他国家接受的习惯国际法规则的地位，即使有必要，也很少需要这样做。例如，一国拒绝在一场外交会议上发言，这可能出于多种与法律无关政治或实际原因，而会后发言与会上发言不具有同样的习惯国际法效力，似乎很奇怪。更广泛地说，这个例子可能让人误以为国际会议具有特别的重要意义，是与形成习惯国际法相关惯例的论坛，但我们认为并非如此。因此，我们认为应将这一例子从评注中删除。

F. 第七部分——特别习惯国际法

1. 结论草案 16——特别习惯国际法

白俄罗斯

[原件：俄文]

关于结论草案 16，若能找到更适当的另一个词取代“特别习惯”这一表述，则更好，尽管拟议的措词确实也符合主要目标：确认存在一个现象及事实，即特别习惯并非完全由地理决定。例如，人们普遍认为，“航天国家”或在高科技领域有优势的其他国家遵行某些习惯。

在某些情况下，产生习惯国际法规则的做法可能取决于国家的技术、科学、地理或其他强项或特点。因此，可能适宜引入一类国家，即“其利益受到特别影响”的国家(作为结论草案 16 中所使用的“特别习惯国际法”的可能替代表述)。这些国家在形成国际习惯法规则时，不得侵犯国际法其他主体的合法利益，或违背国家主权平等原则。

确定存在特别习惯的条件必须比确定存在习惯国际法规则的条件更为严格。所有有关国家须以明确表达的方式接受特别(或地方)习惯，这非常重要。

我们认为，增加据以将国家纳入任何一形成特别习惯国际法规则的国家集团的标准，会对结论草案 16 有所裨益。相对于各国关于形成集团、联盟等的声明，客观标准(地理、历史、军事和政治、技术或其他)应被赋予更大的权重。

捷克共和国

[原件：英文]

“非地方化”的特别习惯国际法——结论草案 16 第 1 段

根据结论草案 16 第 1 段，“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，都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则”。委员会在其评注(第(5)段)中补充说，“虽然特别习惯国际法大多是区域、次区域或地方性的，但原则上没有理由认为由共同的事业、利益或活动(而非其地理位置)联系起来或构成一个利益共同体的国家间不应发展出一条特别习惯国际法规则，不论是通过条约还是其他方式加以确立的”。

评论：

捷克共和国希望对这一结论草案表达保留意见，即对“非地方化”特别习惯国际法的分析。

捷克共和国希望指出的事实是，属于例外性质的特别习惯国际法的存在是一个需要经过严格证明的问题，即所要求的证明标准高于声称普通或一般习惯时须达到的标准。此外，正如委员会在关于这一问题的讨论中所指出，迄今为止这一领域的主要案例法是由地理联系所驱动的(“非地方化”习惯的存在则是一个理论概念)。

在这方面，我们注意到委员会的评注和特别报告员在其提出这一结论的报告中都没有提到这种所声称的“非地方化”特别习惯的任何实际例子。此外，尚不清楚在实践中如何明确确定“共同的事业、利益或活动”(或“利益共同体”)这样一个模糊的标准，并可以将之作为偏离一般习惯国际法规则的特别习惯国际法规则的存在的可靠依据。

因此，我们提议委员会利用国家惯例中的相关具体事例(如有)，对声称存在“非地方化”习惯国际法的情况进行大幅扩展且详细阐述的分析。或者，我们提议在结论草案中不触及“非地方化”习惯国际法。

丹麦(代表北欧国家：丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件：英文]

最后，关于特别习惯国际法问题：我们同意委员会使用这一术语，而不是“特别习惯”，以强调结论草案 16 也涉及法律规则，而不仅仅是习惯或用法。如所述，各国间确实可能存在尚够不上国际法规则的地方习惯。我们同意，适用特别习惯国际法规则的国家间通常存在地理亲近感。我们原则上不排除特别习惯国际法可在由其他共同事业、利益或活动联系起来的国家间形成。但是，我们认为重要的是要强调，这些共同因素应可在有关国家身上非常清楚地辨认出来。在一般惯例

及其被接受为法律方面，也必须能够清楚辨认。在这种情况下，我们同意这种惯例须是一般性的，即它是有关国家之间的一贯惯例，而且这些国家中的每一个国家都须接受这种惯例为彼此间的法律。

萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

在这方面，虽然“特别”一词被认为有些含糊，但萨尔瓦多赞同结论草案 16 第 1 段所述定义。事实上，适用于特别地区或区域的非一般性习惯国际法规则即是该领域学理所称的“区域习惯”。

区域习惯的特点是源于一组具有自身特点的国家。例如，自 1991 年以来，萨尔瓦多共和国签署并随后批准了《中美洲国家组织宪章特古西加尔巴议定书》，成为被称为中美洲一体化体系的国家经济和政治共同体的一部分。该体系的临时主席职位运作基于习惯做法，根据该习惯，一成员国作为各国政府与该体系各机构之间的纽带，确保持续执行区域一体化议程，任期六个月，按中美洲国家在一份规范性文书中商定的顺序轮换。在中美洲一体化进程中，截至目前为止，2009 年 3 月通过的中美洲一体化体系临时主席团议事规则构成了一项将目前这种习惯做法定型化的法律文书，因为各国在其执行中已承认了这一法律确信。

因此，考虑到此类区域习惯做法形成的具体方式，萨尔瓦多认为，结论草案 16 第 2 段中的西班牙语短语“Estados interesados”没有适当反映可归因于这种习惯做法的含义，因为国家由于他们给予这些习惯做法的法律确信而受其约束，这种法律确信不仅仅是单纯表达兴趣。

荷兰

[原件：英文]

结论草案 16 提到“……在数量有限的国家之间适用的……”习惯国际法规则。我们认为在这一上下文中使用动词“适用”可能会导致混淆。我们建议用“仅约束数量有限的国家的”取代该短语。

新西兰

[原件：英文]

结论草案 16: 特别习惯国际法规则

新西兰支持列入关于特别习惯国际法规则的结论草案 16。可以制定这些规则以在特别的共同地理或其他情形下实施国际法一般规则；或者可以在没有这种国际法一般规则的情况下制定这种规则。然而，新西兰认为，特别习惯国际法规则不能取代或减损国际法的基本原则，包括强行法规范或普遍义务。这应反映于随附的评注之中。

重要的是，有一点须非常清楚，即哪些国家参与了这些规则的形成，并因此可被视为受其约束。在这方面，新西兰支持评注第(7)段中的限定，即惯例必须在

所有被认为适用特别习惯国际法规则的国家间具有一贯性。这是一项重要的限定，新西兰认为该限定应反映在结论草案 15 第 2 段本身的案文中。

美国

[原件：英文]

题为“特别习惯国际法”的结论草案 16 也引起了美国的关切，原因有二。首先，我们质疑结论草案第 2 段是否充分界定了应于何时确定一特别习惯国际法规则存在。特别是，该结论草案仅表示“必须查明有关国家之间是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例”，这使得有关国家须持有的法律意见的性质问题悬而未决。因此，有一点是不清楚的，即如果有关国家错误地认为该规则是一般习惯国际法规则，那么这是否达到法律确信的要求，或者各国是否必须正确地理解该规则是仅在它们之间适用的。

我们的第二个关切涉及双边习惯的概念以及区域集团以外其他类型国家集团内习惯的概念。评注没有提供任何证据表明国家惯例已普遍承认存在双边习惯国际法或涉及彼此没有某种区域关系的国家的特别习惯法。在这方面，我们赞赏评注第(5)段中的措辞，即“原则上没有理由认为由……(而非其地理位置)联系起来……的国家间不应发展出一条特别习惯国际法规则”(着重部分由作者标明)。但是，我们不认为这种措辞会使读者清楚地知道，非由地理位置联系起来的国家间的特别习惯国际法、以及一般而言双边习惯国际法仅仅是理论概念，且尚未成为国际法的公认部分。我们认为在评论中明确说明这一事实非常重要，以避免让读者感到困惑。

基于上述原因，美国建议将结论草案 16 修改如下：

结论 16

特别习惯国际法

1. 特别习惯国际法规则，不论是区域的还是地方的还是其他层面的，都是仅在数量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被接受为法律(法律确信)的、且仅在有关国家间适用的一般惯例。

评注需要与上述修改相一致。如果评注中保留对双边或“其他”习惯的任何讨论，那么我们认为评注应明确表示这些概念在国际法中尚未得到承认，但构成逐渐发展的例子。

四. 对结论草案最终形式的评论

白俄罗斯

[原件：俄文]

该专题太窄，不足以有理由以委员会的产出为基础拟订一项公约；相反，委员会可以仅拟出结论、准则或其他材料，为国际法从业人员提供识别习惯国际法规则的工具。

中国

[原件：中文]

关于该专题最后的形式，中方对制定一套结论的设想不持异议，希望该结论、评注及秘书处的研究成果能为国际法实践提供统一、明确的指导。
