



国际法委员会

第六十六届会议

2014年5月5日至6月6日和
7月7日至8月8日，日内瓦

关于国际法的确定的第二次报告

特别报告员迈克尔·伍德**

目录

	页次
一. 导言	2
二. 本专题的范围和结果.....	4
三. 术语的使用	5
四. 基本方法：两个构成要素.....	7
五. 一般惯例	14
六. 接受为法律	41
七. 今后工作方案	62
附件	
关于确定习惯国际法的拟议结论草案.....	64

* 由于技术原因于 2014 年 10 月 1 日重发。

** Omri Sender 先生为编写本报告提供了宝贵的协助，特别报告员向他表示感谢。



一. 引言

1. 2012年，国际法委员会把“习惯国际法的形成与证据”这个议题纳入其当前的工作方案，并以特别报告员的一项说明¹为依据举行了第一次辩论。同样在2012年，联合国大会在第六委员会举行辩论后，赞赏地注意到委员会决定将这个议题纳入其工作方案。²

2. 2013年，委员会第六十五届会议举行了一次一般性辩论，³辩论的基础是特别报告员编写的介绍性质的第一次报告⁴和秘书处的一份备忘录，⁵题目是“国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素”。委员会根据辩论情况，经过非正式协商，把这个议题的名称改为“习惯国际法的确定”。这样做的部分原因是避免把“evidence”（“证据”）一词翻译成其他联合国正式语文方面的困难，另一部分原因是为了强调，这个议题的主要目的，是为那些被要求确定存在一条习惯国际法规则的人提供指导。在改动名称时有一条谅解是，那些既涉及一个委员会成员所谓的“构成要素”，又涉及习惯国际法的证据或证明的问题仍然属于这个议题的范围。⁶

3. 此外，特别报告员提请注意辩论和非正式协商得出的以下结论：⁷

(a) 委员会成员普遍支持采用“两要素”方法，也就是说，为了确定一条习惯国际法规则，需要既评估一般惯例，也需要评估有关惯例被接受为法律的情况。这个方法得到几乎所有发言者的明确赞成，并得到第一次报告纳入的大量材料的支持，没有受到任何质疑。与此同时，人们意识到，这两个要素有时“紧紧地纠缠在一起”，二者之间孰轻孰重可能依具体情况而异。

¹ 见 A/CN.4/653：关于习惯国际法的形成与证据的报告，第1段。

² 2012年12月14日大会第67/92号决议，第4段。

³ 见简要记录 A/CN.4/SR.3181、3182、3183、3184、3185、3186(2013年7月17、18、19、23、24和25日)；见 A/68/10：国际法委员会第六十五届会议的报告(2013年5月6日至6月7日和7月8日至8月9日)，第66-107段。

⁴ A/CN.4/663。

⁵ A/CN.4/659(下文统称“秘书处备忘录”)。

⁶ A/CN.4/SR.3186，第5页。在这里值得回顾 Jennings 的以下评论：“在国际法领域，某一条习惯法规则是否成立和习惯法如何形成这两个问题在实践中需要一并回答”：R. Jennings, ‘What is International Law and How Do We Tell It When We See It?’ , *Annuaire Suisse de Droit International*, 37 (1981), 59, 60; 还见 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd edition (Martinus Nijhoff, 1993), p.116(“习惯国际法的确定和形成必然密切相联，这是因为，在一方面，习惯规则的形成过程决定着予以确定的手段，另一方面，确定习惯或是其成分的行动影响着所涉习惯的进一步发展。《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的内容已经表明了这种相互依存关系”)。

⁷ A/CN.4/SR.3186，同上，第3-6页。

(b) 一个广泛的共识是，就这个专题寻求指导时的主要材料很可能是国家以及国际法院和法庭，首先是海牙国际法院采用的方法。

(c) 人们普遍同意这一观点：关于这个专题的工作成果应该是实用性的，并应该是一套附带评注的“结论”。此外，一个普遍的共识是，委员会在起草结论时，不应使其具有太强的规定性质。

(d) 人们普遍同意，委员会需要在一定程度上处理习惯国际法与其他国际法渊源之间，尤其是与条约和普遍法律原则之间的关系。此外，有人表示有兴趣研究一下“特殊”或“区域性”国际法。

(e) 委员会的大多数成员认为，不应在这个专题下考虑强制法。

4. 在第六委员会于 2013 年举行辩论期间，各代表团表示欢迎“两要素”方法，同时强调，需要解决国家惯例与法律确信之间孰轻孰重的问题。关于是否在本专题内包括对强制法的详细研究，人们的看法不一。委员会关于考虑习惯国际法与其他国际法渊源之间关系的打算受到普遍欢迎，但有人指出，为各种渊源排列等级的问题须另外考虑。人们强调，有必要研究“特殊”或“区域”习惯国际法。⁸

5. 各代表团重申，在确定习惯国际法时，有必要尽量注意所有区域各国的惯例，但同时指出，系统地汇编和发表其惯例的国家相对很少。有人对关于国家惯例的分析，尤其是关于国内和区域法院所做裁决的分析表示谨慎态度。还有人提出，应该考虑国际组织的惯例。⁹

6. 有一、两个代表团提议，应在以后的某个阶段再考虑委员会关于本专题的最后工作成果应采取何种形式；然而，委员会当前的打算是，该成果应采取附带评注的“结论”形式，这个打算得到广泛支持。人们强调，规定性质一定不能太强，并强调了认为必须保持习惯国际法的灵活性的意见。¹⁰

7. 委员会在 2013 年届会上请求各国：“在 2014 年 1 月 31 日之前提供资料，说明以下文件体现的关于国际习惯法的形成与证据的国家惯例，以及在特定情况下有助于确立此种法律的证据类型：(a) 在立法机构、法院和国际组织的正式发言；以及(b) 国家、区域和次区域法院的判决。”¹¹ 截至编写本报告时，从 9 个国家¹² 收到了书面资料，特别报告员对此非常感激。欢迎在任何时候提供更多资料。

⁸ A/CN.4/666：关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要，第 43-44 段。

⁹ 同上，第 45-46 段。

¹⁰ 同上，第 47 段。

¹¹ A/68/10，见前注 3，第 26 段。

¹² 比利时王国、博茨瓦纳共和国、古巴、捷克共和国、萨尔瓦多共和国、德意志联邦共和国、爱尔兰、俄罗斯联邦和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

8. 特别报告员还欢迎学术机构可以为思考这个专题做出的贡献。过去一、两年来，有各种机构组织了一些会议，讨论这个专题的一些方面的问题，这些会议既令人鼓舞，也激励了更多思考。自委员会第六十五届会议举行以来，还出现了一些有关的著述以及国际法院和法庭的判决，本报告已将其考虑在内。

9. 第一次报告寻求说明为本专题的目的应该查询的基本材料，并考虑了一些初步问题。本报告是第二次报告，讨论了与确定“一般”习惯国际法规则的方法有关的最主要问题，尤其是两个构成要素以及如何确定是否存在这两个要素的问题。本报告第二节讨论了这个专题的范围和成果，解释说，各项结论草案涉及确定习惯国际法规则的方法，并没有触及这些规则的实质。第三节讨论了使用术语的问题，其中包括习惯国际法的定义，这项定义受到了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的启发，但没有直接援引该项条款。第四节一般性地说明了基本的“两要素”方法，这两个要素是：“一般惯例”和“接受为法律”(一般分别称为“国家惯例”和“法律确信”)。第五和第六节随后开始更为详细地探讨了这两个要素，第三次报告将继续这一探讨(关于今后工作方案的第七节就此作出了解释)。

10. 考虑到惯例与法律确认之间的密切关系，看来应把二者放在同一份报告中讨论。与此同时，这样做势必意味着本报告需要涉及大量内容，原因是委员会和第六委员会没有进行详细的讨论以兹利用。因此，第五和第六节的讨论必然是非常初步性的，特别报告员可能需要在下一次报告中对案文和拟议结论都进行检查和进一步完善。

11. 本报告提出了 11 项结论草案，一并载于附件，其中表明，拟议把结论草案分为四个部分(导言；两个构成要素；一般惯例；接受为法律)。这一安排显示了特别报告员设想的总体结构。下次报告将提出更多结论草案，但不大可能影响上述结构(一如既往，最终是以委员会成员们的意见为准)。

二. 本专题的范围和结果

12. 委员会和第六委员会在 2013 年的辩论确认了本专题的功用，其目的特别包括向那些无论以何种身份被要求确定习惯国际法规则的人提供实际指导，尤其是帮助那些不一定在一般的国际公法领域具备专门知识的人。在实际应用这个主要方面的国际法时，必须有一定的清晰度，当然，同时也要意识到，习惯过程必然是灵活的。正如人们广泛意识到的那样，“渊源问题……至关重要。仍在激烈进行的法学和哲学辩论的意义远远超出了学术范畴。为这些辩论所吸引和参加思想交流是完全正当的。但我们不应忽视的是，需要进行这些辩论是令人沮丧地承认了法律制度当中的不足之处”。¹³

¹³ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), P.17.

13. 当然，本专题的目的不是决定习惯国际法规则的实质内容，也不是解决具体规则对谁(国家、国际组织、其他国际法主体)具有约束力这个重要问题。本专题仅涉及确定习惯国际法的方法问题。

14. 本专题不妨碍当前正就其他专题进行的工作，其结论也不打算产生这种妨碍。随着关于本专题的工作逐步进展，还必须避免触及与其他国际法渊源，包括与一般法律原则有关的问题(《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款)。这项工作也不妨碍与强制法有关的问题，该问题可能成为另一个专题的主题。

15. 鉴于以上所述，提出结论草案如下：

结论草案 1

范围

1. 本结论草案的主题是用以确定习惯国际法规则是否存在及其内容的方法。
2. 本结论草案不妨碍有关其他国际法渊源及强制性国际法规范(强制法)所涉问题的方法。

三. 术语的使用

16. 特别报告员在其第一次报告中提出了简单地援用《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的“习惯国际法”定义。¹⁴ 委员会一些成员认为，援用《规约》的做法并不完全令人满意，因为这样的定义并非独立，而且可能被视为过于依赖按规定仅适用于国际法院的《规约》。¹⁵

17. 特别报告员因此提议，委员会应通过一个借鉴《国际法院规约》，但并非直接援用《规约》的习惯国际法定义。这样做的好处是保留最主要的概念(“一般惯例”、“接受为法律”)，而这些概念不仅是国际法院本身，而且也是其他一些法院、法庭和国家所采用方法的基础。¹⁶ 第三十八条第一项(丑)款的措词几乎是一个世纪之前拟订的，但仍然是广泛援用的依据，意义不减当初。实际上，与也许是当今更为常见的术语(“国家惯例”和“法律确信”)相比，《规约》的措词看来引起

¹⁴ A/CN.4/663，见前注 1，第 45 段。

¹⁵ 但是，见同上，第 32 段(“后来的文书经常提及或复述第三十八条第一项。虽然第三十八条第一项明确规定仅适用于国际法院，但普遍认为其界定的渊源也适用于其他国际法院和法庭，前提是服从于这些法院和法庭各自规约的具体规则。”[省去脚注])。1945 年通过的第三十八条第一项从一开始(“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：”(强调处为后加))强有力地表明，《规约》的这项条款是为了说明国际法的渊源。

¹⁶ 见下文第 24-25 页。

的问题较少，实际上更加现代化。无论如何，依照《规约》措词分出两个明确要素的办法“成为一个极其有用的‘发现’习惯法规则的工具”。¹⁷

18. 另一个也许值得定义的术语是“国际组织”。采用《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》¹⁸和《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》¹⁹所使用的定义看来是适当的，该定义是，“国际组织”指的是“政府间组织”。委员会的评注清楚表明，在关于国际组织的责任的条款草案中，使用的更详细定义是为该专题的特别情况所制定。²⁰在当前的情况中，更一般化和更广的定义看来较为适宜。

19. 随着关于本专题的工作逐渐进展，还将考虑是否需要为更多的术语定义。如果最后有一项“术语的使用”规定，其中也许应该包括一个保留条款，使其类似于以前以委员会的草案为基础制定的文书当中的保留条款，例如2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2.3条。²¹

20. 鉴于以上所述，提出结论草案如下：

结论草案 2

术语的使用

为本结论草案的目的：

- (a) “习惯国际法”指的是产生于并体现了被接受为法律的一般惯例的国际法规则；
- (b) “国际组织”指的是政府间组织；
- (c)

¹⁷ A. Pellet, ‘Article 38’, in A. Zimmermann et al., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edition in A. Zimmermann and others, eds. (Oxford University Press, 2012), 731 and 813. 还见 G. M. Danilenko, “The Theory of International Customary Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 31, 1988, p.9 and 10-11 (“《规约》第三十八条对习惯的定义对于习惯国际法的理论和实践极其重要。首先，第三十八条重申，得到所有国家承认的国际习惯是国际法的最主要来源。……其次，第三十八条反映了国际社会全体成员就习惯国际法规则的形成和运作所需要的基本组成部分达成的共识，这些基本组成部分一个是实践，另一个是认可该实践，使其成为法律”); G. Arangio-Ruiz, ‘Customary Law: A Few More Thoughts about the Theory of ‘Spontaneous’ International Custom’, in N. Angelet (ed.), *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit: Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruylant, 2007), 93, 105。

¹⁸ 第1条，第1(1)款。

¹⁹ 第2条，第1(i)款。

²⁰ 关于国际组织的责任的条款(2011年)；第2(a)条和评注(1)至(15)：《国际法委员会2011年的报告》，第73-78页。

²¹ 该条规定：“关于本公约用语的第1款和第2款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义”。

四. 基本方法：两个构成要素

21. 本报告的依据是，确定一项习惯国际法规则，需要对惯例和接受惯例为法律的情况都进行评估(“两要素”方法)。²² 在委员会以及第六委员会 2013 年的辩论过程中，这种方法得到广泛支持。²³ 如下文所述，国家实践以及国际法院和法庭的裁决，包括海牙国际法院一般都接受两要素方法。这种方法也得到大量文献的广泛认可。

22. 根据这一方法，在“一般惯例”被“接受为法律”时，便可以认定存在习惯国际法规则。这两个要求是“[国际法院]多次提出用来确定国际习惯法规则的标准，”²⁴ 无论在任何特定情况下，为了认定出现了一条习惯国际法相关规则，都必须确定这两个要素同时存在。因此，为了对习惯国际法规则是否存在做出具有说服力的分析，“必须满意地认为，这种规则满足一项国际惯例诞生的条件”。²⁵

23. 对任何名副其实的惯国际法规则来说，这两要素的确不可或缺。正如一位作者所解释的，“没有惯例(*consuetudo*)，习惯国际法显然就是用词不当，因为正是惯例构成这类国际法的主要与众不同之处”。另一方面，如果没有接受惯例作为法律的主观要素，习惯国际法与简单的行为常规(常例)或其他非法律规则行为之间的差异就会消失。²⁶

24. 两要素方法在国家实践中得到广泛支持。仅举几个最近的例子，卢旺达、美利坚合众国和乌拉圭在双边投资条约中指出，“它们的共同理解是”习惯国际法

²² 另见上文第 3.1 段。

²³ 另见下文第 24 段。

²⁴ 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第 99 页、第 112 页，第 55 段。国际法院在同一段中接着具体阐述“特别是……一项习惯国际法规则的存在，需要有和解做法与法律确信共存”。另见北海大陆架案判决。《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页、第 44 页、第 77 段) (“必须满足两个条件。有关行为不仅要成为既定做法，而且还必须进行证明，即要求这种做法的法律规则的存在已使其具有强制性”)；*Continental Shelf* (阿拉伯利比亚民众国/马耳他)案判决。《国际法院案例汇编》(1985)，第 13 页、第 29 页 (“不言而喻，习惯国际法的材料主要还应在具体惯例和各国的法律确信中寻找”)；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，《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，第 97 页 (“……法院下一步将审议哪些习惯国际法规则适用于本争端。为此目的，它必须关注实践和法律确信”)；P.Tomka, “Custom and the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013), 195, 197 (“事实上，法院从未放弃它认为在“规约措辞”中明确阐述过的，即习惯国际法已被普遍接受为法律”)。

²⁵ 渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页、第 47 页，(Joint Separate Opinion of Judges Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh and Ruda)。

²⁶ K.Wolfke, 见前注 6, 40-41。

“产生于各国出于法律义务感所遵循的普遍和一贯的惯例”。²⁷ 荷兰和大不列颠及北爱尔兰联合王国也同样指出，“……习惯国际法的两要素是国家的广泛和一贯的惯例(国家惯例)及关于根据法律规则有义务遵守所涉惯例的信念(法律确信)”。²⁸ 欧洲联盟成员国作为一个整体对《欧洲联盟促进遵守国际人道主义法准则》采取了这样的立场，其中规定，习惯国际法是国际法渊源之一，由它们接受其约束力的国家惯例组成。²⁹ 新加坡最高法院裁定，“所有国家的广泛和几乎统一的惯例……以及法律确信是所涉规则成为习惯国际法规则的必要条件。”³⁰ 在斯洛文尼亚，宪法法院也裁定，规范如果得到许多打算遵守国际法规则的国家的实施，可以成为习惯国际法，具有强制性。³¹ 捷克共和国宪法法院和最高法院还确认，这两个要素至关重要。³² 新西兰上诉法院也持相同意见，认为“在各国出于法律义务感而普遍并一贯遵守某种惯例时，就会产生习惯国际法，即对所有国家具有约束力的(不成文)国际法规则”。³³ 形成和确定习惯国际法既需要一般惯例也需要接受其为法律。其他国家，例如奥地利、印度、以色列、伊朗伊斯兰共和国、马来西亚、北欧国家、葡萄牙、俄罗斯、南非和越南等国在 2012 年和 2013 年第六委员会就国际贸易法委员会报告进行辩论过程中也予以承认。³⁴ 在最近提交给国际法院的书状中，各国仍采用两要素方法提出论据。³⁵

²⁷ Annex A to the 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 (2008 年),和 Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment(2005), 其中提到, 缔约国“确认各方共同认为“第 5 条和附件 B 中一般和具体提到的”习惯国际法“来自于各国依循法律义务一般和一贯的实践。”

²⁸ 大不列颠及北爱尔兰联合王国政府通报和荷兰王国作为 *Esther Kiobel* 等人诉荷兰皇家石油公司等入案(2012 年 2 月 3 日)被告方的法庭之友在美国最高法院做的情况通报, 8、11。

²⁹ Updated European Union Guidelines on promoting compliance with international humanitarian law (2009/C 303/06), section 7。

³⁰ *Yong Vui Kong* 诉检察官案, [2010 年] 3 S.L.R. 489[2010 年] SGCA 20 新加坡最高法院-上诉法庭, 2010 年 5 月 14 日), 第 96 至 98 段。

³¹ 第 U-I-146/07 号裁定, 2008 年 11 月 13 日, 第 19 段; 另见第 UP-13/99 号案, 2001 年 3 月 8 日裁定, 第 14 段。

³² 分别为第二号卷宗。ÚS 214/98 号(2001 年 1 月 30 日)和第 Tcu 167/2004 号卷宗(2004 年 12 月 16 日)。

³³ 检察总长诉 *Zaouvi* 案, CA20/04, 判决(2004 年 9 月 30 日), 第 34 段。

³⁴ 各会员国在辩论期间的发言见联合国节纸门户网站 www.un.org/en/ga/sixth/。

³⁵ 例如, 在国家管辖豁免(德国诉意大利)案中, 德国认为,“对于武装部队在武装冲突期间犯下的违反人道主义法的行为, 不存在任何进一步减损国家豁免原则, 且得到法律确信支持的一般惯例”。意大利在不援引习惯国际法的情况下, 在其辩诉状中提出,“本案中的问题不是是否存在得到法律确信支持的广泛和一贯的惯例, 表明存在一项习惯国际规则, 一般性地允许在涉及严重违反国际人道主义法或人权法的情况下拒绝豁免”(德意志联邦共和国辩诉状, (2009 年 6 月 12 日), 第 55 段。意大利辩诉状(2009 年 12 月 22 日), 第 4.108 段)。最近的另一个例子, 见与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔), 特别是见法院成员在 2012 年 3 月 16

25. 其他国际法院和法庭也承认，习惯国际法规则的确定要求对两要素进行调查。如第一次报告所述，尽管这些法院和法庭的具体工作内容不同，总体来说它们在相当程度上依赖常设国际法院的做法和判例法，包括赋予国家惯例和法律确信两要素的构成作用。³⁶

26. 大多数作者也采用两要素方法。教科书、国际公法条约³⁷ 以及关于习惯法或处理习惯法问题的专著，不论是专门讨论国际法渊源问题³⁸ 还是涉及国际法

日公开审讯结束时向当事各方提出的问题：口头和书面答复汇编以及对这些答复的书面评论，第 20 至 48 页，尤其是第 24 至 25 页(比利时)。Greenwood 法官在 2012 年 3 月 16 日公开审讯结束后要求对“向比利时-塞内加尔提出的问题”进行评论。在其他情况下也是如此，正如国家没有以仅存在惯例或仅存在法律确信而主张存在习惯国际法规则一样，它们也从未尝试通过声称两要素方法存在着理论上的缺陷，而质疑某项据称的习惯国际法规则的存在。

³⁶ A/CN.4/663, 见前注 1, 第 66-82 段。

³⁷ 例如见 Jennings, A. R. Jennings and A. Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9th edition (Longmans, 1991), 25-31; A. Cassese, *International Law*, edition 2 (Oxford University Press, 2005), 153-169 (“习惯的基本要素：国家惯例” (惯例或习俗) 和与此相应的国家的意见 (法律确信或必要确信)”; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 10th edition. (Daloz, 2010), 364 (“习惯现象的两要素直接反映了各类学说的看法以及积极的客观主义观点。《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款加强了这种观点。两要素的结合对于惯例成为法律规则来说必不可少。”); M. Bos, *A methodology of International Law* (North-Holland, 1984), 109 (“为确定习惯的存在，仅须确定其所称事实是否存在，即确定其物质和心理组成部分，并根据习惯的定义对这些事实进行检验”); V. Lowe, *International Law* (Oxford University Press, 2007), 36-63; M. N. Shaw, *International Law*, edition 6 (Cambridge University Press, 2008), 72-93 (“有可能发现习惯形成中的两个基本要素。这些都是重大事实，即国家实际行为以及认为这种行为就是法律的心理或主观信念”); L. Damrosch, L. Henkin, S. Murphy and H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, edition 5 (West, 2009), 59 (“显然，习惯的定义包括两个不同要素”); P. Daillier, M. Forteau and A. Pellet, “*Droit international public*”, 第 8 版 (L.G.D.J. 2009), 352-379 (“所有人都承认，习惯过程需要两个要素而变得完整”); S. Murphy, *Principles of International Law*, edition 2 (West, 2012), 92-101 (“国家通过它们的实践，国际律师通过著作和司法裁决，一致认为，只要满足以下两个关键要求，即存在习惯国际法：(1) 关于某个具体事项的相对统一、一贯的国家惯例；和(2) 各国都认为，这种惯例是法律规定的”); A. Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of Law in International Relations*, edition 7 (Oxford University Press, 2012), 57-63; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, edition 8 (Oxford University Press, 2012 年), 23-30 (“习惯的存在是……某人对两个相关问题的结论(一名法律顾问、一个法院、一国政府、一位评论员)：(a) 是否有一种普遍做法？(b) 是否被接受为国际法？”); M. Diez de Velasco C Escobar Hernández ed., *Instituciones de derecho internacional public*, 18th edition, (Tecnos, 2013), 136-141 (“una práctica seguida por los sujetos internacionales e generalmente aceptada por éstos como derecho”); J. Klabbbers, *International law* (Cambridge University Press, 2013), 26-34 (两大规定是：必须有一种普遍做法，这种做法必须被普遍接受为法律。”); C. Santulli, *Introduction au droit international* (Pedone, 2013), 45 (“关于习惯两要素的经典学说：作为有形要素的惯例和作为自愿要素的接受，即法律确信(或“心理要素”)”。

³⁸ 例如，见：Millán Moro, *La “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1990); H. Thirlway, *The Sources of international law* (Oxford University Press, 2014), chapter III, (“国际法承认具有约束力的习惯的传统标准是，应该有充分的国家实践，这必须伴有传统上所谓的“法律确信”或法律必要确信，或得到这些确信的支撑)。

其他议题,³⁹ 都可以找到这方面的论述。例如,奥本海指出,“第三十八条第一项(丑)款规定表明,习惯法有两个基本要素,即惯例和法律确信”。⁴⁰ 最新版的 *Brierly's Law of Nations: an Introduction to the Role of Law in International Relations* 一书指出,法律意义上的习惯不单单是指习惯或常例;用《规约》第三十八条第一项的话说,……习惯是将其作为义务加以遵守的人所认为的常例,我们必须研究据称的习惯是不是被接受为法律的一般惯例。”⁴¹

27. 第一次报告指出,某些作者寻求制定其他办法,他们常常强调某个构成要素,无论是惯例还是法律确信,重于另一构成要素,或甚至完全排除某个构成要素。⁴² 在某种程度上,国际法协会的工作也是如此,最终结果是其 2000 年《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》,⁴³ 其中倾向于低估主观要素的作用。⁴⁴ 这些文章虽然都很令人感兴趣而且发人思考,已经(而且应该)被适当考虑,但情况依然是,它们似乎并没有对国家或法院的做法产生重大影响。两要素方法仍占主导地位。⁴⁵

28. 第一次报告提出了这样的问题:为确定不同领域的习惯国际法规则,是否有不同方法。⁴⁶ 例如,文献中有人建议⁴⁷ (偶尔在实践中也有

³⁹ 例如, O.Corten, *Le droit contre la guerre*, edition 2 (Bruylant, 2014), Chapter 1; 前一版英文,见 O.Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*(Hart, 2010), chapter. I.

⁴⁰ R. Jennings and A. Watts, 见前注 37, at 27.

⁴¹ A. Clapham, 见前注 37, at 57.

⁴² 见 A/CN.4/663, 见前注 1, 第 97-101 段。

⁴³ 《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注:第 16/2000 号决议(一般习惯国际法的形成),国际法协会第六十九届会议(2000 年 7 月 25-29 日在伦敦举行)通过:于 2000 年 7 月 29 日通过(下文简称《伦敦原则声明》);另见 A/CN.4/663, 见前注 1, 第 89-91 段。

⁴⁴ 最后报告提及“据称主观因素的必要性”(《国际法协会伦敦原则声明》,导言,第 10 段以及第三部分)。

⁴⁵ 另见 O.Sender, M.Wood, “The Emergence of Customary International Law: Between Theory and Practice”, in Y. Radi, C. Brödmann (eds.) *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (即将出版)(“两要素方法,使国际法规则的形成和确定能够得到广泛接受,同时使习惯国际法保留其特有的灵活性。事实证明,这既有用,又具有稳定性,通过对 193 个国家具有约束力的《国际法院规约》而保持权威性。其他关于习惯国际法规则如何形成的理论,从本质上来说,都属于政策方针;因此可能具有指导意义,但它们始终是政策,而不是法律”)。

⁴⁶ A/CN.4/663, 见前注 1, 第 19 段。

⁴⁷ A/CN.4/663, 见前注 1, 脚注 32-34。另见 R.Kolb, “Selected Problems in the Theory of Customary International Law”, *Netherlands International Law Review*, 50 (2003), 119, 128(“形成习惯法理论,结合不同主题和领域来阐明不同类型的理论(因此阐明理论要素)的时机已经成熟。并不是只有一个国际习惯;有很多国际习惯,它们之间的共同纽带尚待证明。因此,必须制定新的国际习惯法概况,使其体现国际生活的轮廓,而不是人为的强迫将日益多样化的经验纳入强求一致的

呼应),⁴⁸ 在国际人权法、国际人道主义法和国际刑法等领域中, 一个要素, 即法律确信, 便足以构成习惯国际法。⁴⁹ 然而, 更成熟的看法是, 情况并非如此。⁵⁰ 然而, 不同领域(或更确切地说是不同类型规则)对两要素方法的适用确实能够有差异: 例如, 也许“为……[特定]情况之目的”, ……在采取具体惯例形式的最相关国家惯例⁵¹ 将起“主要作用”。⁵² 但基本方法是一样的: 这两个要素

传统惯例和法律确信中”)。A.Cassese, 见前注 37, 160-161 (“惯例和法律确信为习惯法要素, 在特定国际法、武装冲突中人道主义法分支中具有不同作用……。[按 Martens 条款的措辞]似乎是合乎逻辑的推断(得到实践的证实), 关于国家惯例的要求可能不需要适用于以人道主义法或公共良心要求为基础的原则或规则的形成……”)。

- ⁴⁸ 例如, 见检察官诉 Kupreškić 等人案(判决), 第 Case No.IT-95-16-T 号案, (前南问题国际法庭, 审判分庭) 2000 年 1 月 14 日, 第 527 段(“甚至在国家惯例很少或不一致的情况下, 国际人道主义法原则也可在人道要求或公共良知要求的压力下, 从习惯过程中产生。另一个要素——由人道要求或公共良知要求所形成的必要确信, 可能成为预示人道主义法一般规则或原则出现的决定性因素”); 另见柬埔寨法院特别法庭(最高法院分庭)上诉判决书, 第 001/18-07-2007-ECCC/SC(2012 年 2 月 3 日)号案件, 第 93 段(“关于习惯国际法, 最高法院分庭认为, 在评价新出现的关于违反人道法或有违公共良知行为的一般原则时, 关于“广泛和几乎一贯的国家惯例”的传统要求实际上可能没有在国际法其他领域中那么严格, 而且关于法律确信的要求可能比关于惯例的要求更重要”)。
- ⁴⁹ 同样有人认为, 可以制定一个“滑尺”, 即使没有任何证据表明接受惯例为法律, 国家一贯的惯例也可以根据这个“滑尺”成为习惯国际法, 而且即使没有任何证据表明惯例已经确立, 只要清楚地证明惯例已被接受为法律, 也可确定习惯国际法。可视所涉活动以及所声称的习惯规则的合理性利用这个“滑尺”; 见 F.L.Kirgis, Jr. “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, 81(1987), 146-151(这个模式还提到几乎没有任何要素存在的情况)。
- ⁵⁰ 另见代表中国、以色列、伊朗伊斯兰共和国、波兰、俄罗斯联邦、新加坡和南非在 2013 年第六委员会讨论国际法委员会工作时的发言(可查阅 <http://www.un.org/en/ga/sixth>), 所有这些国家都要求适用统一方法; T. Treves, 'Customary International Law', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2012), para. 3, (习惯国际法规则的共同基本特点是它们的形成方式以及可以确定其存在的方式”); J.Kammerhofer, 'Orthodox Generalists and Political Activists in International Legal Scholarship', in M. Happold (ed.), *International Law in a Multipolar World* (Routledge, 2012), 138-157。
- ⁵¹ 国家的管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加诉讼)案, 判决书, 《国际法院案例汇编》(2012), 第 99 页, 见第 132 页, 第 73 段。
- ⁵² 同上, 见第 162 页(Keith 法官的个别意见), 第 4 段。例见, *Ahmadou Sadio Diallo*(几内亚共和国诉刚果民主共和国)案, 初步反对意见, 判决书, 《国际法院案例汇编》(2007), 第 582 页, 第 614 页, 第 88 段(“在当代国际法中, 公司和股东权利的保护以及有关争端的解决主要遵从保护外国投资的双边或多边协定, 例如各种促进和保护外国投资的协定和 1965 年 3 月 18 日《关于解决国家与他国国民之间投资争端华盛顿公约》, 其中后者设立了一个解决投资争端国际中心, 此外还遵从国家与外国投资者之间的合同。在这方面, 外交保护作用有所减弱, 因为人们在实践中很少向它求助, 只有在条约机制不存在或形同虚设时才会求助于外交保护”。检察官诉 Tadić 案, 前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭第 IT-94-1 号案件, 关于辩方对管辖权的中间上诉动议的裁定(前南问题法庭上诉分庭), 1995 年 10 月 2 日, 第 99 段(在指出国际社会为规范国内冲突而形成的一些习惯法原则和规则之前, 有必要提醒审慎对待武装冲突法的形成过程。为确定习惯规则或一般原则的存在而试图确定国家惯例时, 很难确定部队在实地的实际行为, 以确定部队到底是实际遵守还是无视某些行为标准而, 即使这样做不是不可能。对这方面的情况进行核查极其困难, 这不仅是因为独立观察员通常无法进入军事行动区(甚至连红十字

缺一不可。任何其他方法都有可能武断地将国际法分隔成不同领域，这违背了国际法的系统性。⁵³ 如下文所示，无论在任何情况下，都很难把两要素分开考虑。⁵⁴

29. 必须根据具体情况审视各种证据。⁵⁵ 在评估是否存在这两个构成要素时，无论是通过审查主要证据还是通过次要手段，都必须小心谨慎。尽管“证据可以来自[多种来源]……，但应当时刻谨慎严谨”。⁵⁶ 在确定相关的惯例到底是什么，⁵⁷ 以及在何种程度上确实被接受为法律时，在很大程度上取决于具体情况，而且可能需要对不同证据予以不同的权重。例如，“尤为重要的是那些表现出违背其来源国的国家利益，或将使其付出重大的政治、军事、经济或其他代价的惯例，因为

委员会也经常不得进入)，而且还因为冲突当事方不会公布实际敌对行为的信息；更有甚者，为了迷惑敌方、公共舆论和外国政府，冲突方还经常采取误导手段。因此，在评估习惯规则或一般原则的形成时，我们应该了解，由于本议题的固有特性，必须主要依赖国家官方公布的意见、军事手册、司法裁定等”。检察官诉 *Tadić* 案，第 IT-94-1-A 号案件，(前南问题国际法庭上诉分庭判决)，1999 年 7 月 15 日，第 194 段。还见 B.Conforti, B. Labella, *An Introduction to International Law*(Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 32(“对行为的重视取决于国际习惯法规则的内容。例如，条约对引渡事项特别重要，国内法庭裁定对外国和外国国家机构的司法豁免问题具有更多的决定权”。Cf.北海大陆架案判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，第 175、176、178 页(Tanaka 法官的反对意见)(“要判定在习惯法形成过程中是否存在这两个要素，既微妙又艰难。对要素的评估必须与具体情况挂钩，因此具有弹性，并需要从技术层面着手。……简言之，如我在前面说述，习惯法的形成过程所采用的方式具有相对性，依不同的法律领域而异。时间因素，即习惯存在的时间长短是相对的；数字要素，即国家惯例，也是如此。不但需要根据具体情况对产生习惯法的每个要素进行评估，而且整个行程过程都应被视为是有机的动态过程。我们在对习惯国际法产生所需条件进行审查时绝不能只重形式，而忘记社会必要性，即所述习惯法力图实现的目的和宗旨的重要性。

⁵³ 正如 2006 年关于不成体系的研究报告所强调，“国际法是一个法律体系”，《国际法院案例汇编》(2006)，第 251 段，结论(1)。此外，“如果法院无视习惯国际法的传统要求，或未对它们进行严格审查，就有可能隐晦地强调所谓‘急于支持新法制，……’的情况。[在这种情况下]，会极少注意国家予以的同意，也不大会注意此类轻易宣布的规范得到遵守的可能性(引文从略):A.Boyle, C Chinkin, *The Making of International Law*(Oxford University Press, 2007), 285。

⁵⁴ 另见 H.Thirlway, 见前注 38, 62(“惯例和法律确信结合在一起，提供了必要信息，从而能够查明是否存在习惯规则，但其各自(惯例和确信)的作用都不成为唯一的重点；它们相互补充”)；《伦敦原则声明》，(事实上往往很难甚至不可能把这两个要素区分开来”。

⁵⁵ 另见 1952 年 8 月 27 日 *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* 案。《国际法院案例汇编》(1952)，第 176 页，第 200 页(“外交信函中有一些零星言辞，如果不考虑上下文，有可能被视为承认美国政府提出的行使领事管辖权和其他领事裁判权的主张。另一方面，法院不能无视信函的主旨”)。

⁵⁶ J.L.Kunz, “The Nature of Customary International Law”, *American Journal of International Law*, 47 (1953), 662, 667。

⁵⁷ 另见 Treves, 见前注 50, para.28(“[惯例的表现形式]有助于在特定时刻确定什么是习惯国际法]。在执行这一任务时，谨慎和平衡是不可或缺的，不仅要确定国家的言词、行为、希望和信念的正确搭配，而且要意识到惯例中的很多要素充满含混之处”)。

这些惯例不太可能是出于政治机会、礼仪等原因。⁵⁸ 同样，发表声明时的郑重程度也是一个相关因素；唇枪舌剑时的即席发言可能没有那么重要。

30. 确定一项习惯国际法规则是否存在是寻找“一个已被各国广泛接受，现在可以被视为一般国际法要求的惯例”。⁵⁹ 这有可能是“艰巨复杂的过程”，⁶⁰ 主要原因是，任何宣称的习惯法规则都必须证明是有效的国际法规则，而不仅仅是无根据的主张”。⁶¹ 如下所述，“谨慎和平衡是不可或缺的，不仅要确定国家的言词、行为、希望和信念的正确搭配，而且要意识到惯例中的很多要素充满含混之处”。⁶²

31. 鉴于上述，提出结论草案如下：

结论草案 3

基本方法

为确定习惯国际法规则是否存在及其内容，必须确定是否存在被接受为法律的一般惯例。

结论草案 4

证据评估

在评估被接受为法律的一般惯例的证据时，必须考虑到有关背景，包括周围情况。

⁵⁸ T. Treves, 见前注 50, para. 30.

⁵⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay* (阿根廷诉乌拉圭), 2010 年 4 月 20 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1986), 第 14 页, 第 83 页, 第 204 段。

⁶⁰ E. Petrič, ‘Customary International Law in the Case Law of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia’. (将由欧洲委员会发表)。另见大不列颠及北爱尔兰联合王国和荷兰王国政府在 *Esther Kiobel* 等人诉荷兰皇家石油公司等案中作为被告的法庭之友所作情况通报, 见前注 28, at 13 (“确定国际法新规则构成元素的方法因此……不是直截了当, 需要坚持不懈地细致分析, 以确定是否存在国家惯例和法律确信的必要要素。”); 渔业管辖权案 (联合王国诉冰岛), 案情, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1974), 第 3 页, 第 100 页, 第 9 段 (De Castro 法官的个别意见); (“很难证明存在被接受为法律的一般惯例”); J. L. Kunz, 见前注 56, at 667 (“在具体案件中确定习惯程序的两个条件是否满足, 是一项艰巨任务”)

⁶¹ M.N. Shaw, 见前注 37, at 144.

⁶² T. Treves, 见前注 50, para. 28. 另见 A. Boyle, C. Chinkin, 见前注 53, at 279 (“适用标准来确定惯例不是一个其准确性可衡量的科学进程, 相反它需要评价事实和论据”); P.W. Birnie, A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd edition (Oxford University Press, 2002), 16 (“确定习惯法一直而且仍然是问题多多, 要求技能、判断力和大量研究”)

五. 一般惯例

32. 惯例通常被称为“重要”或“客观”要素，⁶³ 在习惯国际法的形成和确定方面发挥着“关键作用”。⁶⁴ 可将惯例视为习惯国际法的“原材料”，因为后者源自惯例，并为惯例所“界定和限制”。⁶⁵ 上述惯例包括国际法主体“重要和明显”⁶⁶ 的行为，正是这些“行为实例”⁶⁷可以构成“一种先例网络”，⁶⁸ 从中可观察到某种行为模式。

33. 从“一般惯例”到“国家惯例”。国家仍是国际法的基本主体。⁶⁹ 国家惯例在国际法中发挥着一些重要的作用，包括嗣后惯例是根据《维也纳条约法公约》第 31.3(b)和第 32 条对条约进行解释的一种要素(或手段)。⁷⁰ 国家行为对习惯国

⁶³ 除其他外，惯例(practice)还被称为‘usage’、‘usus’、‘consuetude’或‘diuturnitas’，而且这些称谓有时可互换使用。

⁶⁴ 正如国际法院在“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”中指出，“根据《国际法院规约》第三十八条，除其他外，肯定可将国际习惯作为“通例之证明而经接受为法律者”，但法院不能无视一般惯例发挥的关键作用”(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，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，见第 97-98 页，第 184 段)。

⁶⁵ 见法官 Percy Spender 爵士在关于通过印度领土之权利案件(案情实质)中的反对意见，1960 年 4 月 12 日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第 6 页，见第 99 页(“衡量任何此类习惯的性质和范围的适当方式，如果已经确立，应是考虑习惯本身所界定和限制的惯例)。习惯的第一要素是持续统一的惯例，而且必须在界定习惯前确定惯例”)。

⁶⁶ Francois Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), section 110(将“惯例”称为习惯国际法的构成要素，并被 A. A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law* (Cornell University Press, 1971), 49 引用)。

⁶⁷ 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，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，见第 108 页，另见 Weisburd 的定义：“各种类型的活动……正是惯例的含义”(A.M. Weisburd, ‘Customary international Law: The Problem of Treaties’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21(1988), 1, 7)。

⁶⁸ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 329 页(阿蒙法官的个别意见)。另见科孚海峡案，1949 年 4 月 9 日判决：《国际法院案例汇编》(1949)，第 4 页，见第 83 和第 99 页(阿泽维多法官的反对意见)(“惯例由公认的先例组成……[习惯国际法需要]显著或持续的事实以证明关于各国已商定承认一项习惯[规则]的假设”)；北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 175 页(田中法官的反对意见)(提到“惯例或相同类型行为的不断重复……是习惯法的一个定量因素”)；B. Stern, ‘Custom at the Heart of International Law’, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 11 (2001), 89, 95(“普遍承认的是重要要素的构成是一定数量的事实在一定时间内的重复，并根据不同的情况对这些不同变量进行调整”)。

⁶⁹ 另见 C. Walter, ‘Subjects of International Law’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 5。

⁷⁰ 国际法委员会目前正在“与条约的解释有关的嗣后协定和嗣后惯例”专题下进行审议：特别见结论草案 4(2)和 5：《国际法院案例汇编》(2013)；另见 A.M. Weisburd, ‘The International Court

国际法的形成和确定具有首要意义，因此习惯国际法的重要要素通常被称为“国家惯例”，即归于国家的行为。⁷¹ “国家的实际惯例……表述或创造了习惯规则”。⁷² 正如国际法院一贯表明，“习惯法源自国家惯例”。⁷³

34. 将惯例归于一国。正如国家责任和与解释条约有关的嗣后惯例等其他情况一样，惯例必须归于国家，方可与习惯国际法的形成相关。⁷⁴ 在这方面，政府所

of Justice and the Concept of State Practice’, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 31 (2009), 295, 299 (表示“很难夸大国家惯例对国际法的重要性”)；W. J. Aceves, ‘The Economic Analysis of International Law: Transaction Cost Economics and the Concept of State Practice’, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 17 (1996), 995-1068；C. Parry, ‘The Practice of States’, *Transactions of the Grotius Society*, 44 (1958) 145, 165 (“大家在国家惯例中寻找关于国际法新专题的新规则证据，或寻找此前法律的变化”)。

⁷¹ 另见 M. Wood, O. Sender, ‘State Practice’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014 update); Y. Dinstein, ‘The Interaction between Customary Law and Treaties’, 322 *Recueil des Cours* (2006), 242, 266 (“构成习惯国际法本源的一般惯例本质上是国家惯例”)；M.H. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, 272 *Recueil des Cours* (1998), 155, 201 (“更准确地说，权益和传统所称的国家惯例……是国际法主体的惯例”)。关于国家惯例为习惯国际法依据之理论的历史发展，见 A. Carty, ‘Doctrine versus State Practice’, in B. Fassbender, A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* (Oxford University Press, 2012), 972-996。

⁷² 大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1982)，第 18 页，见第 46 页，第 43 段。

⁷³ 国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第 99 页，见第 143 页，第 101 段。因此，在使用“国际惯例”一词时是指国家惯例：例如见和约的解释(第二阶段)，咨询意见：《国际法院案例汇编》(1950)，第 221 页，见第 242 页(里德法官的反对意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 261 页(帕迪略·内尔沃法官的个别意见)和第 344 页(里普哈根法官的反对意见)；渔业管辖权(联合国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 83 页(德卡斯特罗法官的个别意见)；加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，判决书，《国际法院案例汇编》(1997)，第 7 页，见第 236 页(斯库比谢夫斯基法官的反对意见)；渔业管辖权(西班牙诉加拿大)，法院管辖权，判决书，《国际法院案例汇编》(1998)，第 432 页，见第 554 页(兰杰瓦法官的反对意见)；2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第 3 页，见第 75 和第 76 页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见)；国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第 99 页，见第 170 页(基思法官的个别意见)；与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第 422 页，见第 457 页。

⁷⁴ 见国际法委员会《关于国家对国际不法行为的责任条款》，第一部分，第二章；还见《关于与解释条约相关的嗣后协定和嗣后惯例的结论草案》，结论草案 5；另见 Brownlie, ‘Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom’, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. I (2004), 313, 318 (在提出“毫无疑问，类似原则应适用于确定有能力编制构成国家惯例的声明或材料的机关和人员”时提及 2001 年条款(第 4、5 和第 8 条))。归属规则在不同情况下不一定完全相同；例如见 H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, vol. II (Oxford University Press, 2013), 1190 (支持存在一项习惯法规则的惯例必须是国家惯例，即国家机关的惯例，尽管其检验与确定一国责任的检验方法不同”)。

有部门的行动(不论行使行政、立法、司法或其他职能)均可具有相关性。⁷⁵ 一国的事实机关(即“按照国际法应视为一国机关的个人或实体,即使国内法未如此认定”⁷⁶)的行为也可算作国家惯例。⁷⁷ “不管事实机关在国家组织中处于何种地位,不论其属于中央政府机关还是地方单位机关”,都可适用上述表述。⁷⁸

35. 一项重大难题是确定国家惯例。虽然技术和信息资源有所发展,但在现代世界的环境下,惯例的传播和定位仍是一个重要的实际问题。⁷⁹ 如下文第七节所述,这一问题——国际法委员会几十年前曾在“使习惯国际法的证据变得更易获取的方式和手段”的标题下进行审议——将在特别报告员的第三次报告中再次讨论。

36. 提出结论草案如下:

结论草案 5

惯例的作用

关于必须存在一般惯例,将其作为习惯国际法要素之一的要求意味着,首先是国家惯例促进了习惯国际法规则的创建或表述。

⁷⁵ 《关于国家对国际不法行为的责任条款》第 4 条表示“根据国际法,任何国家机关的行为应被视为该国行为,不论该机关行使立法、行政、司法或任何其他职能……”; J. Crawford, *State Responsibility. The General Part* (Cambridge University Press, 2013), Part II (Attribution to the state), especially 113-126; 另见关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1999),第 62 页,见第 87 页(“根据一项成熟的国际法规则,必须将一国任何机关的行为视为该国的行为”); 刚果境内的武装活动(刚果民主共和国诉乌干达),判决书,《国际法院案例汇编》(2005),第 168 页,见第 242 页; 2 BvR 1506/03, 2003 年 11 月 5 日第二参议院的命令(德国联邦宪法法院),第 51 段(“为此目的[咨询相关国家惯例],法院侧重于有能力承担国际法下法律关系的国家权力机关的行为; 作为一般性规则,这将是政府或国家元首。除此之外,国家惯例也可是立法机关或法院等其他国家权力机关行为的结果,前提是其行为按照国际法具有直接相关性”); M. Bos, 见前注 37, at 229 (“惯例可以是一国管辖范围内的任何事物。符合这一标准的所有行动,或更笼统而言,所有形式的行为均有资格成为一项习惯规则的依据”); 《伦敦原则声明》,第 17 页。较老的观点认为,只有被指定对外代表国家的机关(“一国的国际机关”)的行动才可算作国家惯例(例如, K. Strupp, ‘Regles générales du droit de la paix’, 47 *Recueil des Cours* (1934), 313-315)就提出过这种看法,但这一观点不再被普遍接受。

⁷⁶ P. Palchetti, ‘De facto organs of a state’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2012), para. 2.

⁷⁷ 另见 K. Zemanek, ‘What is ‘State Practice’ and who Makes It?’, in U. Beyerlin et al (eds.), *Festschrift für Rudolf Bernhardt* (Springer-Verlag, 1995), 289, 305 (“采取行动之机关的宪法权力并不重要,只要以适当努力和善意对此行动进行评估的外国认为该行为可归于所涉国家,并表达或执行了该国对一项习惯法规则的态度即可”)。

⁷⁸ 见《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条。国际法协会委员会建议,对于联邦结构的国家,“不具备独立国际法律人格的地方政府实体在一国内的活动通常不构成国家惯例,除非上述活动是以国家名义开展或获得国家通过(“批准”)(《伦敦原则声明》,第 16 页)(见前注 43),但此建议似乎有失准确。

⁷⁹ S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984), 56 (“习惯法的证据[仍然]……分散、难以获取且总体上缺乏系统性”)。

结论草案 6

行为归属

国家惯例包括可归于一国的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是任何其他职能。

37. 惯例的表现形式。偶尔有人建议，“国家惯例”只有在与国际关系范畴内某类情况相关，⁸⁰ 或与提出权利主张的某些实际事件或活动(而非抽象宣称)相关时，⁸¹ 才有资格成为与习惯国际法有关的国家惯例。这一方法过于狭隘；实际上，可以说“在国际体系中……国家的每一行为均可能是一种立法行为”。⁸² 这类行为可能同时包括实际行为和言语(书面和口头)行为：认为“权利主张本身，尽管可能阐述一项法律规范，但不能构成习惯的重要组成部分”⁸³ 的相反意见则过于局限。⁸⁴ 接受这种观点还可被视为鼓励对抗，甚至鼓励在某些情况下使

⁸⁰ J.L. Kunz, 见前注 56, at 666; 《伦敦原则声明》, at 9(正确地提出,“然而,某一事项是否关系到一国的国际法律关系,或仅为国内管辖权事项,取决于国际法发展阶段和当时的关系”); S. Rosenne, 同上, at 56。

⁸¹ 例如,见 H. W. A. Thirlway (writing in 1972), *International Customary Law and Codification* (Sijthoff, 1972), p. 58(“应该强调的是,作为习惯形成的重要要素的国家惯例应是重要的:其构成包括国家对特定人员、船只、界定的领土地区采取的行为,每一行为均是对与特定争端根源有关的某项权利主张的认定或摒弃”)。

⁸² A.M. Weisburd, 见前注 67, at 31(见); 另见 Brownlie, 见前注 74, at 313-314(见)(除其他外提出,“不涉及突发危机的材料更可能体现对法律的成熟和一贯看法”); V.D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), 149(指出虽然有些较年长的学者将习惯证据局限于可使国家受到国际约束的证据,“然而,……惯例规则可来自一些国家的一致立法行为或其他单方面行为,甚至国内法院的一些决定可对惯例产生影响”)。

⁸³ A.A. D'Amato, 见前注 66, at 88(解释说“当一国提出一项权利主张时并未有任何作为;在该国采取强制性行动前,权利主张对预测该国将采取的实际行动没有价值”); 另见渔业案,1951年12月18日判决书,《1951年法院案例汇编》,第116页,见第191页(里德法官的反对意见)“确定[习惯国际法]不能通过援引沿海国已提出大量权利主张,却未对入侵的外国船只实际行使主权以维护其权利主张的案例……唯一具有说服力的国家惯例的证据是扣押行动,即沿海国通过逮捕外国船只并在外交谈判和国际仲裁过程中坚持其立场来确认对所涉水域的主权”); A. D'Amato, 'Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 21(1988), 459, 465 (“政府的言辞充其量是关于国际法的一种理论,而非国际法本身”); K. Wolfke, 见前注 6, at 42(“习惯源自行为而非采取这种行为的承诺”); G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 108。了解有日期记载的极端立场见 Conradie J in *S v Petane*, 1988 (3) SA 51 (C) at 59F-G, 61D-E (Cape Provincial Division, South Africa)(“习惯国际法的依据是惯例而非说教...寻找国家惯例必须观察国家在动荡世界的恶劣环境下的实地行为,而非国家代表在联合国狂热的意识形态环境里的夸夸其谈,在那里愤慨通常会代替行动”)。

⁸⁴ 另见 M.E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2nd edition (Kluwer Law International, 1997), 19-20 (“认定言语行为可构成国家惯例的益处颇多。首先也是最重要的是……国家本身以及法院认为会议上的评论意见是国家惯例的构成部分”); C. Parry, 见前注 70, at 168(“通常一国的行为和言语之间的差别甚小,因为一国的行动可能仅包括声明”); M. Akehurst, 'Custom as a Source of International Law', *British Yearbook of International Law*, 47

用武力。⁸⁵ 在任何情况下,似乎不可否认“国家之间的沟通方法已经扩大范围。由于国际法,特别是《联合国宪章》在这方面对各国施加越来越多的限制,采取受青睐的‘实际’行动的频率已经降低”。⁸⁶ 此外,“‘惯例’一词(根据《国际法院规约》第三十八条所述)足够宽泛,从而符合习惯法本身的灵活性,可涵盖一国的任何行动或行为,而且关于一国的言语行为在哪些方面将被视为不足为凭,从而不能被归于该国的行为,没有非常明确的论述”。⁸⁷ 与此同时,正如下文将提出那样,需谨慎评估国家(以及国际组织)的言论:不能总是采信言辞的表面含义。

38. 一旦在确定习惯国际法时把实际和言语行为均接受为惯例的形式,那么似乎“‘构成行为’与‘构成行为的证据’之间的区分……是人为和武断的”。⁸⁸ 本报告将避免这种区分。正如在国际法委员会 2013 年的辩论期间所述,“[确定习惯

(1977), 1, 53(“国家惯例指可用于推断对习惯法所持观点的一国的任何行为或声明”); R. Müllerson, ‘On the Nature and Scope of Customary International Law’, *Austrian Review of International & European Law*, 2 (1997), 341, 342(“即使迫切希望明确区分‘实际’惯例和其他形式的惯例(非实际?),这并不容易而且有时完全不可能”); R. Bernhardt, ‘Custom and Treaty in the Law of the Sea’, 205 *Recueil des Cours* (1987), 247, 265, 267 (有时还提出,只有实际行动而非言辞是相关国家惯例……必须将言辞、声明、通信甚至信号纳入可构成习惯法的种类繁多的惯例之中……在法律上不能接受将通信、书面和口头言辞排除在国家惯例之外。没有任何国家行为和国家惯例的物权法定原则是习惯法建立和生效的唯一必要或决定性条件。另一方面,必须承认,如果实际做法不同,言语声明就无法创建惯例规则”); K. Skubiszewski, ‘Elements of Custom and the Hague Court’, *ZaōRV*, 31 (1971), 810, 812 (“国家惯例的基础是其行动和反应。这是‘一种相互互动的进程’。这并不意味着国家惯例仅包括严格意义上的行动。言辞和不作为也是国家行为的证据(引文从略)”; R.R. Baxter, ‘Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law’, *British Yearbook of International Law*, 41 (1965-66), 275, 300 (“与将一个国家在不同时期和各种情况下的行动拼凑起来相比,该国对于其所认为的规则的坚定声明是其立场的更好证据”)。在这方面,应回顾《伦敦原则声明》的措辞,其中承认“国家的言语行为,而不仅是实际行为,可算作国家惯例”,第 13-14 页(见前注 43):“当界定国家惯例时……需要考虑算作国家惯例的行为与该行为权重之间的区别……关于习惯的客观要素的讨论由于未能作出上述区分而受到影响”)。

⁸⁵ 另见 R. Müllerson, ‘The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law’, in K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 161, 162(“……如果仅扣押、侵略、灭绝种族和其他类似行为属于国家惯例,那么在国际法(例如国际人道主义法)的一些领域,只有所谓流氓国家可促进习惯法的发展……这[还]将使强国在制定国际法过程中发挥更大的作用。最后……在国际法的许多领域,只有少数国家会采取这种[‘实际’]惯例,或者说国家仅偶尔采取‘实际’惯例。”)。

⁸⁶ K. Zemanek, 见前注 77, at 306。

⁸⁷ M.E. Villiger, 见前注 84, at 21。

⁸⁸ K. Zemanek, 见前注 77, at 292(解释说“两者可能相互掩盖”,并补充说“此外,如果不记录‘构成行为’,该行为可能永远不为人所知”); 另见 A.A. D’Amato, 见前注 66, at 268 (“法律规则并非抽象存在之物,也不是我们可以依赖的法律确信。法律规则和心态似乎只是行为的表现形式;它们是在发现反复出现的行为模式或有结构的法律论据时作出的概括。如果必须使用‘证据’一词,我们可以说法律规则仅在‘证据’中体现;如果证据确实是法律规则的证据,那么证据就是规则本身的外在表述。证据是规则的必要而非不可或缺的组成部分。但由于其使用造成的混乱,‘证据’一词以及‘来源’一词最好被纳入适得其反的术语范畴”)。

国际法时需要参考的]材料可以是表明存在惯例规则的证据,在其他情况下也可是惯例来源……本身”。⁸⁹ 因此, “[用于确定是否出现了一项习惯国际法规则]的证据可有各种形式,包括行为,重要的是来源必须可靠和明确,并反映所涉国家的一贯立场。”⁹⁰

39. 惯例(及其证据)有多种形式,因为“在其互动和交流中……国家并未将自身局限于武断确定的行为类型,而是利用一切服务于其目的的形式”。⁹¹ 委员会自身在为确定习惯国际法规则而评估惯例时也把各种材料作为依据。⁹²

40. 若干作者拟订了可能出现的主要惯例形式的清单。例如“Brownlie’s Principles of Public International Law”一书载有以下并非详尽的清单:

“外交书信、政策声明、新闻稿、政府法律顾问的意见、官方法律问题手册(如军事法手册)、行政决定和做法、向军队下达的命令(如接战规则)、各国政府对国际法委员会草案的评论意见和相应评注、法律、国际和国家司法判决、条约和其他国际文书的叙文(特别是在“所有国家”形式下)、类似条约形成的普遍模式、国际机构惯例以及联合国机关,特别是大会与法律问题有关的决议。”⁹³

⁸⁹ 委员会 2013 年 7 月 19 日第 3183 次会议(Hmoud 的发言)。

⁹⁰ I. Brownlie, 见前注 74, at 318 (着重部分由作者标明); 另见 A. Clapham, 见前注 37, at 58 (“一项所称习惯]的这种证据显然将是冗长和纷繁的。人们在各种场合以一国的名义行事或发言,采取行动或发表声明,从而明示或暗示对某一国际法事项的一些观点。就其本身而言,任何此类行为或声明都可成为某种习惯的一些证据,因此也成为是否存在某项国际法规则的证据。当然,其作为证据的价值将完全取决于场合和情况”)。

⁹¹ K. Zemanek, 见前注 77, at 299. 此外,“没有任何国际法规则说明哪些事实的出现导致一项习惯的形成……没有任何具体事实要素的出现本身证明一项规则的存在”: L. Fumagalli, ‘Evidence Before the International Court of Justice: Issues of Fact and Questions of Law in the Determination of International Custom’, in N. Boschiero et al (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (Asser Press, 2013), 137, 146.

⁹² 秘书处的备忘录,第 14 页(“委员会在为确定某项习惯国际法规则而评估国家惯例时依据了各种材料”)。

⁹³ J. Crawford, 见前注 37, at 24(脚注从略); 作者补充说“这些来源的价值不同并将取决于具体情况”。例如,可在以下资料中找到其他清单: L. Ferrari Bravo, ‘Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États’, 192 *Recueil des Cours* (1985), 233, 257-287; M.E. Villiger, *supra* note 84, at 17; A. Pellet, *supra* note 17, at 815-816. 爱尔兰外交部网站上刊登了类似清单:“在没有条约来规定两个或两个以上国家的关系应适用何种法律的情况下,或换而言之,对于国家惯例以及承认某种做法为强制性做法,如果具备足够的普遍性和一贯性,这种惯例和共识可构成习惯国际法。可在以下来源找到习惯的证据:外交书信、官方法律顾问的意见、政府声明、联合国大会决议、各国政府对国际法委员会所编制草案的评论意见、国家和国际法院的各项决定”; 另见德意志联邦共和国诉 Margellos 和其他人案(希腊特别最高法院), Judgment No. 6/2002, 17 September 2002, 129 ILR 525, 528, para. 9; K. Wolfke, ‘Some Persistent Controversies Regarding customary International Law’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 24 (1993), 1, 15 (“对于证明一项习惯是否已经存在的这些途径和手段,无法拟订全面准则清单”)。

41. 鉴于政治和技术变革的必然性和步伐，试图为习惯国际法这些“材料来源”提供一份详尽的清单既不可能，也不可取：像 1950 年的情况一样，委员会如果要“毫无遗漏地列举出类型繁多的材料，以揭示关于国际法出现的大量问题中每个问题的国家惯例”，仍然是不切实际的。⁹⁴ 与此同时，如果说明国家以及法院和法庭一向引为依据、并且以书面形式存在的惯例的一些主要类型，可能会有帮助。因此，以下清单并非详尽无遗；此外，以下某些类别有重叠，从而国家惯例的某一特定例子或类型很可能属于多个类别。

(a) 国家的实际行动，即国家“在实地”的行为。⁹⁵ 此类惯例的例子可以包括国际水道的船只通行；⁹⁶ 领土通行；⁹⁷ 扣押渔船；给予外交庇护；⁹⁸ 战场或作战行为；或进行大气层核试验或部署核武器。⁹⁹

(b) 行政部门的行为。这些行为可以包括行政命令和法令、¹⁰⁰ 其他“行政措施”¹⁰¹ 以及政府的正式声明，如宣言、¹⁰² 公告、¹⁰³ 政府提交议会的声明、¹⁰⁴

⁹⁴ 《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 368 页。

⁹⁵ 里德法官在反对意见中提到“实际主张主权”，见渔业案，1951 年 12 月 18 日判决书，《国际法院案例汇编》(1951)，第 116 页，见第 191 页。

⁹⁶ 科孚海峡案，1949 年 4 月 9 日判决书，《国际法院案例汇编》(1949)，第 4 页，见第 99 页(阿泽维多法官的反对意见)。

⁹⁷ 印度领土通行权案(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第 6 页，见第 40-41 页。

⁹⁸ 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第 266 页，见第 277 页。

⁹⁹ 核试验(澳大利亚诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 253 页，见第 305 页(彼得伦法官的个别意见)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第 226 页，见第 312 页(施韦贝尔法官的反对意见)。

¹⁰⁰ 例如，见北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 104 和 107 页(阿蒙法官的个别意见)。

¹⁰¹ 例如，见航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决书，《国际法院案例汇编》(2009)，第 213 页，见第 280 页(塞普尔韦达-阿莫尔法官的个别意见)。

¹⁰² 例如，见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第 226 页，见第 295 页(兰杰瓦法官的个别意见)；北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 104 页(阿蒙法官的个别意见)；渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，法院的管辖权，判决书，《国际法院案例汇编》(1973)，第 3 页，见第 43 页(帕迪略·内尔沃法官的反对意见)；渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 84 页(德卡斯特罗法官的个别意见)。

¹⁰³ 例如，见北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 104、105、107 和 126 页(阿蒙法官的个别意见)；渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 84 页(德卡斯特罗法官的个别意见)。

¹⁰⁴ 例如，见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 197 页(杰瑟普法官的个别意见)。

各国在国内或国际法院和法庭(包括以法庭之友书状)表达的立场¹⁰⁵ 以及在国际上的发言。¹⁰⁶

(c) 外交行为和信函。¹⁰⁷ 这包括对其他国家和国际法其他主体的做法提出的抗议。外交信函可以采取各种形式,包括普通照会、通告照会、第三方照会,甚至包括“非正式文件”。

(d) 立法行为。从宪法到法案草案,¹⁰⁸ “立法是国家惯例的一个重要方面”。¹⁰⁹ 正如常设国际法院 1926 年所指出,“从国际法及其机关,即国际法院的角度来看,国内法与法律裁决或行政措施一样,仅仅是表达国家意志和构成国家活动的事实”。¹¹⁰ 1950 年委员会在这方面的意见值得回顾,根据这一意见,

¹⁰⁵ 例如,见国家管辖豁免(德国诉意大利:希腊参加诉讼),判决书,《国际法院案例汇编》(2012),第 99 页,见第 123 页,第 55 段;另见 I. Brownlie, 见前注 74, at 315 (“似乎显而易见的是,代理人及律师在国际法庭上的发言构成国家惯例”)。

¹⁰⁶ 例如,见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1996),第 226 页,见第 312 页(施韦贝尔法官的反对意见)。

¹⁰⁷ 例如,见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司,判决书,《国际法院案例汇编》(1970),第 3 页,见第 197 页(杰瑟普法官的个别意见)和第 298 和 299 页(阿蒙法官的个别意见)。

¹⁰⁸ 例如,见 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时),判决书,《国际法院案例汇编》(2002),第 3 页,见第 24 页;国家管辖豁免(德国诉意大利:希腊参加诉讼),判决书,《国际法院案例汇编》(2012),第 99 页,见第 123 页,第 55 段;摩洛哥境内美利坚合众国国民权利案,1952 年 8 月 27 日判决书,《国际法院案例汇编》(1952),第 176 页,见第 220 页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官 Benegal Rau 爵士的反对意见);北海大陆架,判决书,《国际法院案例汇编》(1969),第 3 页,见第 105、107 和 129 页(阿蒙法官的个别意见,他说,除其他外,“[提交比利时众议院的]法案……表示了该政府的正式观点。它构成国内法律秩序中的这类行为之一,可算作属于确认习惯存在应适当加以考虑的先例”)和第 228 页(拉克斯法官的反对意见);渔业管辖权(联合王国诉冰岛),法院的管辖权,判决书,《国际法院案例汇编》(1973),第 3 页,见第 44 页(帕迪略·内尔沃法官的反对意见)和第 51 页(福斯特、本格松、希门尼斯·德阿雷查加、纳吉德拉·辛格和鲁达法官的联合个别意见)和第 84 页(德卡斯特罗法官的个别意见);黎巴嫩问题特别法庭, STL-11-01/I 号案件,关于适用法律的中间决定:恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控(上诉分庭),2011 年 2 月 16 日,第 87、91-98 段(见黎巴嫩问题特别法庭案件簿);检察官诉 Norman, SCSL-2004-14-AR72(E)号案件,对以没有管辖权为由提出的初步请求所作裁定(上诉分庭塞拉利昂问题特别法庭),2004 年 5 月 31 日,第 13 页,见第 18 段; *Genny de Oliveira v. Embaixada da República Democrática Alemã* (Brazilian Federal Supreme Court), *Apelação Cível No. 9.696-3/SP*, 31 May 1989, 4-5; *Democratic Republic of the Congo v. FG Hemispheric Associates LLC*, in the Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region, Final Appeal Nos. 5, 6 & 7 of 2010 (Civil), 8 June 2011, para. 68 (“无论如何,任何管辖范围内的一项国内法规则可能碰巧产生于一项习惯国际法规则,也可能碰巧先于或促进一项习惯沉淀为一项习惯国际法规则”)。关于宪法条款具体作为国家惯例(和作为法律确信的证据)见 see R. Crootof, ‘Constitutional convergence and Customary International Law’, *Harvard International Law Journal Online*, 54(2013), 195-203。

¹⁰⁹ 国家管辖豁免(德国诉意大利:希腊参加诉讼),判决书,《国际法院案例汇编》(2012),第 99 页,见第 310 页,第 3 段(加亚专案法官的反对意见)。加亚法官接着说,“这在一项国际法规则的客体是司法当局的行为时也有重要意义,正如所涉及的是法院行使管辖权一样”。

¹¹⁰ 波兰上西里西亚的某些德国利益案,《常设国际法院判决书汇编》,A 辑,第 7 号,见第 19 页。

“这里使用立法这个词有全面的意义；它包括国家的宪法、其立法机构颁布的法令以及执行和行政机构颁布的条例和宣言。公共机关实施的任何形式的管理安排均不排除在外”。¹¹¹

(e) 国家法院的判决。国内法院的司法裁决和意见可以作为国家惯例，¹¹² 并“具有作为该国惯例证据的价值，即使它们不能成为习惯国际法”本身“的证据”。¹¹³ 但是，在评估国内法院的裁决时，应注意到习惯国际法在各个法院和法庭将适用的法律中的地位，以及在国内各个层面用于确定习惯国际法规则可能存在的特别规定和程序。¹¹⁴ 此外，“这些裁决的价值彼此大不相同，而且单独的裁决可能体现片面、狭隘的观点或依据的资料来源不足。¹¹⁵ 最高法院的判决自然更有分量。在具体问题上被撤销的案件不再可能被视为惯例。

¹¹¹ “使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”，国际法委员会第二届会议的报告(A/CN.4/34)《1950年国际法委员会年鉴》第二卷，见第370页。

¹¹² 例如，见 S.S. “Lotus” (法国/土耳其)案，《常设国际法院判决书汇编》，A辑，第10号，第28-29页；2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第3页，见第24页；国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第99页，见第123页，第55段；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第226页，见第292页(纪尧姆法官的个别意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，初步反对意见，判决书，《国际法院案例汇编》(1964)，第6页，见第63页(顾维钧法官的个别意见)；2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第3页，见第88页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见)；检察官诉塔迪奇，IT-94-1-A号案件，判决书(前南问题国际法庭上诉分庭)，1999年7月15日，第255-270段；柬埔寨法院特别法庭，第001/18-07-2007-ECCC/SC号案件(最高法院)，2012年2月3日，第223和224段；检察官诉沙伊诺维奇等人，IT-05-87-A号案件，判决书(前南问题国际法庭上诉分庭)，2014年1月23日，第1627-1642段；检察官诉夫伦基亚，IT-95-17/1-A号案件，判决书(前南问题国际法庭上诉分庭)，2000年7月21日，鲁滨逊法官的声明，第281段；Case No. Up-13/99 (Slovenian Constitutional Court), Decision of 8 March 2001, para. 14; *Dralle v Republic of Czechoslovakia* (Austrian Supreme Court), Judgment of 10 May 1950, 17 ILR 155, 157-161。另见 H. Lauterpacht, ‘Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law’, *British Yearbook of International Law*, 10 (1929), 65-95; P.M. Moremen, ‘National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?’, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 32 (2006), 259, 265-290; A. Roberts, ‘Comparative International Law: The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law’, *International & Comparative Law Quarterly*, 60 (2011), 57, 62; 格林伍德法官在英国国际法和比较法研究所题为“国家法院对国际法发展的贡献”的讲座(2014年2月4日)，可上网查阅 www.biiicl.org/news/view/-/id/201/。

¹¹³ ‘使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段’，见前注 111。在谈到这一问题时，Crawford’s *Brownlie’s Principles of Public International Law*(见前注 37)指出，各国国家法院的一些决定“提供了法院地国关于所涉问题惯例的间接证据”(见第 41 页)。

¹¹⁴ A/CN.4/663，见前注 112，见第 84 段；另见 P.M. Moremen，见前注 112，at 290-308。

¹¹⁵ J. Crawford，见前注 37，at 41。

(f) 国际法领域的正式出版物。例如包括军事手册在内的出版物或对外外交官的指示。¹¹⁶

(g) 国家官员的内部备忘录。不过这些备忘录往往没有公布。然而应当铭记的是，正如在不同但相似的背景中所说的，这些备忘录“并不必然代表任何政府的看法或政策，可能只不过是当时某公务员认为需要向另一个特定公务员表示的个人看法；将个人因素从当时毕竟属于内部、私下和保密的备忘录中分离开来并非总是易事”。¹¹⁷

(h) 与条约有关的惯例。谈判、缔结和签署、批准和执行双边或多边条约(以及对这些条约提出反对和保留)是惯例的另一种形式。¹¹⁸ 此类惯例不仅涉及条约法，也可能涉及通过有关的国际法律文书所承担的义务。¹¹⁹

¹¹⁶ 例如，见检察官诉加利奇，IT-98-29-A 号案件，判决书(前南问题国际法庭上诉分庭)，2006 年 11 月 30 日，第 89 段；检察官诉德拉利奇，IT-96-21-T 号案件，判决书(前南问题国际法庭审判分庭)，1998 年 11 月 16 日，第 341 段。

¹¹⁷ 红海群岛(厄立特里亚/也门)案仲裁裁决，1998 年 10 月 9 日，第 94 段；另见 I. Brownlie，见前注 74，at 316-317。

¹¹⁸ 例如，见诺特博姆案(第二阶段)，1955 年 4 月 6 日判决书，《国际法院案例汇编》(1955)，第 4 页，见第 22-23 页；对<防止及惩治灭绝种族罪公约>提出的保留，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1951)，第 15 页，见第 24-25 页；北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 43 页；北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 104-105、126 和 128 页(阿蒙法官的个别意见)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 347 页(里普哈根法官的反对意见)；渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 26 页；大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1982)，第 18 页，见第 79 页；大陆架(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决书，《国际法院案例汇编》(1985)，第 13 页，见第 38 和 48 页；国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第 99 页，见第 138 和 143 页，第 89 和 100 段；和约的解释，第二阶段，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1950)，第 221 页，见第 241-242 页(里德法官的反对意见)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第 226 页，见第 292 页(纪尧姆法官的个别意见)和第 312 和 314 页(施韦贝尔法官的反对意见)；渔业案，1951 年 12 月 18 日判决书，《国际法院案例汇编》(1951)，第 116 页，见第 163-164 页(麦克奈尔法官的反对意见)；摩洛哥境内美利坚合众国国民权利案，1952 年 8 月 27 日判决书，《国际法院案例汇编》(1952)，第 176 页，见第 220 页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官 Benegal Rau 爵士的反对意见)；印度领土通行权案(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第 6 页，见第 41-42 页和第 55-56 页(顾维钧法官的个别意见)和 104 页(法官珀西·斯彭德爵士的个别意见)；1906 年 12 月 23 日西班牙国王的仲裁裁决案，1960 年 11 月 18 日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第 192 页，见第 223 页(乌鲁蒂亚·奥尔古因法官的反对意见)；检察官诉 Norman，SCSL-2004-14-AR72(E)号案件，对以没有管辖权为由提出的初步请求所作裁定(上诉分庭塞拉利昂问题特别法庭)，2004 年 5 月 31 日，第 13 页，见第 18-21 段；黎巴嫩问题特别法庭，STL-11-01/I 号案件，关于适用法律的中间决定：恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、多重指控(上诉分庭)，2011 年 2 月 16 日，第 87-89 段；*The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (United States Supreme Court, 1900), 686-700；另见 A.M. Weisburd，见前注 67，at 1-46 “条约只是国家惯例的另一种形式”；人权委员会任意拘留问题工作组的报告(2012 年 12 月 24 日)，A/HRC/22/44，第 43 段。

¹¹⁹ 另见 A. D'Amato，见前注 83，at 462 (“使一项条约的内容成为习惯的一项要素的是，缔约方做出了一项根据其条款行动的具有约束力的承诺。无论缔约方后来是否依照条约行动，事实仍

(i) 联合国大会等国际组织机关和国际会议的决议。¹²⁰ 这主要涉及与国际组织机关或国际会议通过决议有关的国家惯例，即表决赞成或反对(或弃权)，以及对这些行为的解释(如果有的话)。¹²¹ 与此同时，必须铭记的是“国际组织决

然是他们已承诺如此行动。那么，承诺本身就是习惯的“国家惯例”部分”); J. Barboza, ‘The Customary Rule: From Chrysalis to Butterfly’, in C.A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber Amicorum ‘In Memoriam’ of Judge Jos é Mar ú Ruda* (Kluwer Law International, 2000), 1, 2-3 (“案文比行动更确切地表述一项惯例的内容，特别是在这些案文是由技术和法律专家精心编写的情况下”); 但参见 K. Wolfke, ‘Treaties and Custom: Aspects of Interrelation’, in J. Klabbers, R. Lefeber (eds.), *Essays on the Law of Treaties: A Collection of Essays In Honour of Bert Vierdag* (Martinus Nijhoff Publishers, 1998), 31, 33(“因此，条约本身不是惯例的任何要素[当然，条约习惯法是例外]。不过，条约可以促进缔约方接受为法律的要素”)。

¹²⁰ 例如，见渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第3页，见第26页；巴塞罗纳电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第3页，见第302-303页(阿蒙法官的个别意见)(“此外，我要指出，各国代表在国际组织和会议上，特别是在联合国采取的立场，自然形成国家惯例的一部分……不可否认，关于由此产生的各项决议，或更确切地说，关于在此以国家名义表达的投票，这些构成了促进习惯形成的先例”)；《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，〈国际法院案例汇编〉(1996)》，第226页，见第312页(施韦贝尔法官的反对意见，他列举了“联合国安全理事会根据‘国家惯例’采取的行动”)；东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)，判决书，《国际法院案例汇编》(1995)，第90页，见第188页(威拉曼特里法官的反对意见)(“推动形成国际公法的大会关于这一权利一般条款的各项决议……是这方面习惯国际法一个重要的材料来源”)。安全理事会第2125(2013)号决议通过强调“不得将本决议视作确立习惯国际法”(第13段)，也含蓄地承认决议的这一潜在作用。

¹²¹ 另见 R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), 2(“联合国是观察国际法形成的迹象一个非常适当的机构，因为国际习惯应追溯到国家惯例，其中包括通过外交行动和公开声明表现出来的国际交易。随着国际组织的发展，各国的表决和意见已经具有作为习惯法证据的法律意义。此外，国家惯例包括集体行为以及个人行为的总和……联合国的存在……现在提供了一个非常明确、非常集中的国家惯例的焦点”)；B. Conforti, B. Labella, 见前注52, at 35, 42-43(“国际组织的决议还涉及确定习惯作为国家行为，即作为表决赞成决议的国家意志表示的总和……国际组织拥有国际人格的一些要素。然而，在习惯法形成方面，各组织的决议必须被视为所有表决赞成通过决议的国家的集体行动，而不是各组织本身的行动。这就是为什么只有在得到一致通过、以协商一致的方式通过或多数通过的情况下，此类决议才对习惯的形成发挥作用”)；I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1998), 19-20(“国家惯例的合成过程由几个机制提供支持。首先，联合国大会决议涉及法律事项时，就构成国家惯例的证据。国家元首会议的决议也是这样。”)；《伦敦原则声明》，第19页(“在习惯国际法的形成方面……[一项载有关于习惯国际法声明的国际组织机关的决议]可能最好被视为参加该机构各成员国的一系列口头行为”)；但参见 I. MacGibbon, ‘General Assembly Resolutions: Custom, Practice and Mistaken Identity’, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 10, 19(“虽然一项大会决议(尽管就本身而言，很难设想是任何有意义的国家惯例)体现着，或产生于大会上各种形式的国家行为，从而反映某类国家惯例，然而，这是次要的一类，而且——在国际习惯的形成方面——在某种程度上是人为的一类”)；H. Meijers, ‘On International Customary Law in The Netherlands’, in I.F. Dekker, H.H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of International Law* (T.M.C. Asser Press, 2003), 77, 84(“一国就接受一项决议进行表决，例如在联合国大会进行表决时，是作为一个国家，还是作为联合国机关的组成部分即国际法另一个主体行动的呢？答案似乎是明显的：作为联合国机关的组成部分……[只有当]一国对其所作的表决说明理由，或说明对该决议的观点时，才可以确定是一项国家行为”)。

定的最后案文始终不能反映谈判所有各方拟定的全部提案和替代方案……因此，确定国家惯例不应过分依赖于国际组织的决策进程提供的捷径”。¹²²（这一问题将在第三次报告中更充分地加以讨论。）

42. 不作为也可成为惯例。不采取行动，又称为“国家的消极实践”，¹²³也可以算作是惯例。¹²⁴ 国家不作为对习惯国际法规则的形成和确认至关重要，在不

¹²² J. Wouters, P. De Man, ‘International Organizations as Law-Makers’, in J. Klabbers, A. Wallendahl (eds.), *Research Handbook on the Law of International Organizations* (Edward Elgar Publishing, 2011), 190, 208(引用从略); 另见 R. Higgins, 见前注 13, at 23-24 (“决议不过是国家惯例的一种表现。但近年来将决议作为一种孤立现象给予了过度关注。从学术上说, 这难以理解或说明理由。我们只能假定, 对决议的法律效力发表意见要比评判存在于所有种种复杂表现中对某一问题的集体惯例更加容易——这就是说, 需要的努力更少, 严谨性更低, 分析不必那么细致。国际组织的政治机构进行辩论; 公开交换采取的意见和立场; 对其他各方采取的意见表示保留; 编写条约、声明、有约束力的决议或法规的草案; 作出可能或不可能隐含着对某一特定问题法律观点的决策。但目前的趋势往往是只考察决议, 而将所有其他类别排除在外”)。

¹²³ 例如, 见 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决书, 《国际法院案例汇编》(2002), 第 3 页, 见第 144 和 145 页(范登韦恩加尔特法官的反对意见); P. Tomka, 见前注 24, at 210。

¹²⁴ 例如, 见 S.S. “Lotus” 案(法国/土耳其), 《常设国际法院判决书汇编》, A 辑, 第 10 号, 第 28 页; 诺特鲍姆案(第二阶段), 1955 年 4 月 6 日判决书: 《国际法院案例汇编》(1955), 第 4 页, 见第 22 页; 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 案情实质, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1986), 第 14 页, 见第 99 页(放弃以使用武力威胁任何国家的领土完整或政治独立作为惯例); 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 《国际法院案例汇编》(1996), 第 226 页, 见第 253 页, 第 65 段(法院提及禁止的支持者试图依靠“各国不使用核武器的一致惯例”); 国家管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加诉讼), 判决书, 《国际法院案例汇编》(2012), 第 99 页, 见第 135 页, 第 77 段(“与没有各国的任何声明一样, 几乎完全没有相反的判例也很值得注意”); 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续驻留纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果, 咨询意见, 《国际法院案例汇编》(1971), 第 16 页, 见第 134 页(彼得伦法官的单独意见提及不承认的惯例, 是在谈到该词“意味着不是积极行动, 而是放弃采取表示承认的行动”); 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, 《国际法院案例汇编》(1952), 第 176 页, 见第 221 页(哈克沃思、巴达维、莱维·卡内罗法官和法官 Benegal Rau 爵士的反对意见); 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1970), 第 3 页, 见第 198、199 页(杰瑟普法官的个别意见, 提到美国国务院拒绝作为一家美国公司的代表, 并提到美国在一项国家间争端不提出某些论点作为反对某一主张的依据)。学术著作支持这一观点的例子, 见《伦敦原则声明》, 第 15 页; G.I. Tunkin, ‘Remarks on the juridical nature of customary norms of international law’, *California Law Review*, 49 (1961), 419, 421 (“国家惯例可包括在某些情况下采取的明确行动, 或相反, 避免采取行动”); S. Sfériadès, ‘Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement’, *RGDIP*, 43 (1936), 129, 143 (“……即使消极行为, 即不行为, 如果持续发生, 也很可能最终成为惯例, 导致不行为的法律义务。此外, ……在习惯法中, 我们看来应承认, 国家不侵犯外国代表的人身自由或住宅以及占领军不在当地侵犯敌方私人财产的义务都来源于惯例”); H. Meijers, ‘How is International Law Made? – The Stages of Growth of International Law and the Use of Its Customary Rules’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 9 (1978), 3, 4-5 (“不行动被行动所带动……缺乏抗议——缺乏对新规则形成的公开反对——足以建立一项习惯法规则(和遵守该规则的义务)”); J.L. Kunz, 见前注 56, at 666; M. Mendelson, ‘The Subjective Element in Customary International Law’, *British Yearbook of International Law*, 66 (1995), 177, 199 (“如果足够明确, 不作为完全能构成国家惯例的行为”)。

作为构成(或被认为是)默认时尤其如此。¹²⁵ 将根据委员会 2014 年的辩论在第三次报告中进一步探讨这一问题。

43. 国际(政府间)组织的惯例。这是一个重要领域,将在第三次报告中加以更详细讨论。¹²⁶ 鉴于“任何法律制度中法律主体的性质及其权利范围不一定相同,其性质取决于社会的需要”,¹²⁷ 获得各国赋予权力的国际组织的行为也可能有助于在这些组织运作的领域内形成一种一般惯例,或表明已形成一般惯例。¹²⁸ 在评估这些组织的惯例时,人们应区分两种惯例:一种是有关该组织内部事务的惯例,另一种是该组织在与各国家、国际组织等的关系方面的惯例。¹²⁹ 与当前目的有关的是后一种惯例,其中主要包括“业务活动”,一名作者将其定义为“国际组织作为其总体任务的一部分或为履行一项特定任务而开展的方案工作”。¹³⁰ 在这方面,还必须区分由国家代表组成的机关和其他机构的惯例和以个人身份任

¹²⁵ 另见 R. Kolb, 见前注 47, at 136 (“可以几乎毫不夸张地说,习惯主要是沉默和不行动,而不是行动”); A.M. Weisburd, 见前注 67, at 7 (“如果大多数国家肯定性行为意义上的普遍性并非必要,必须至少能从绝大多数国家的规则中推断出默认”)。Danilenko 区分了“积极和消极的传统惯例”,认为后者“提高了积极惯例的先例价值,从而在建立普遍接受的习惯规范过程中成为一个主要因素”: G.M. Danilenko, 见前注 17, at 28。

¹²⁶ 这个一领域的一个主要著作是 G.Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales* (Pedone, 2001)。

¹²⁷ 执行联合国职务时所受伤害赔偿, 咨询意见,《国际法院案例汇编》(1949), 第 174 页, 见第 178 页。

¹²⁸ 例如, 见对<防止及惩治灭绝种族罪公约>提出的保留, 咨询意见,《国际法院案例汇编》(1951), 第 15 页, 见第 25 页; 加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克), 判决书,《国际法院案例汇编》(1997), 第 7 页, 见第 95 页(威拉曼特里法官的个别意见, 他提及“国际金融机构的惯例”); 另见秘书处的备忘录, 见第 23 页(“在某些情况下, 委员会依据国际组织的惯例来确认某项习惯国际法规则的存在。这类依据与国际组织惯例的各个方面相关, 例如其对外关系、其职能的行使, 以及其机构就国际关系的具体情况或一般性事项所采取的立场。”); R. Jennings, A. Watts, 见前注 37, at 31 (“目前发展并展现出的国家惯例集中在国际组织中, 以及这些组织自身的集体决定和活动, 可能是很有价值的证明, 体现了一般惯例在这些组织开展活动的领域内被接受为法律”); 《伦敦原则声明》, 第 19 页(“国际组织的惯例本身就是一种‘国家惯例’”); 但是见 M.E. Villiger, 见前注 84, at 16-17。对这一专题更加一般性的论述, 见 J. Klabbers, ‘International Organizations in the Formation of Customary International Law’, in E. Cannizzaro, P. Palchetti (eds.), *Customary International Law on the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 179-195 (也提出了这种组织的越权惯例是否可视为‘惯例’的问题); L. Hannikainen, ‘The Collective Factor as a Promoter of Customary International Law’, *Baltic Yearbook of International Law*, 6 (2006), 125-141。当然, 国际组织之间存在巨大差异, 评估其惯例的意义时应铭记这一点(另见委员会关于国际组织的责任的条款草案第 6 条评注)。

¹²⁹ 例如, 领土管理或维和行动。确实, 这种惯例不再被认为局限于“国家与组织的关系”(使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段, 见前注 111, 见第 372 页)。

¹³⁰ I. Johnstone, ‘Law-Making Through the Operational Activities of International Organizations’, *George Washington International Law Review*, 40 (2008), 87, 94 (但是在略有不同的背景下讨论这种活动; 并补充称这些活动“不同于国际组织更为明示的规范职能, 例如政府间机构制定条约或通过决议、宣言和规章的行为”)。

职的个人所组成机构的惯例，因为不能说后者代表了国家。¹³¹ 此外，应区分“国际组织秘书处的产物和国际组织的政府间机构的产物。尽管两者均可提供可参考的材料，……但应更加重视……后者的产物，因为其作者也是国家惯例的主要作者。”¹³² 虽然有人提出“国际组织为寻找习惯提供了捷径”，¹³³ 但评估其惯例时需要谨慎行事。¹³⁴ 适用于国家惯例的考虑因素也可适用于国际组织的惯例，阅读本报告时应考虑到这一点。

44. 会员国有时已将专属权限移交一些国际组织(例如欧洲联盟)，这些组织的惯例可等同于国家惯例，因为这些组织在特定领域代表会员国采取行动。¹³⁵ 这适用于这些组织的行动，无论这些行动采取何种形式，是行政、立法还是司法形式。如果不将此类国际组织的惯例等同于国家惯例，实际上就意味着，不仅该本组织的惯例不属于国家惯例，而且在其成员国已经将其一些公共权力让渡给该组织的情况下，其成员国对国家惯例做出贡献的能力将被剥夺或减小。

¹³¹ 因此，经常被作为确定一条习惯国际法规则存在与否的辅助手段的国际法委员会的工作，同样“不能等同于国家惯例，或证明存在法律确信”(H.Thirlway, “Law and procedure, part two”, *British Yearbook of International Law*, 61(1990), 1, 59-60)。

¹³² 正如特拉迪先生干预去年的委员会辩论时所指出的那样(2013年7月18日第3182次会议)。

¹³³ J.E.Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press, 2005), p.592(解释称, “现代求助于国际组织产生的证据形式来证明存在习惯, 可以将此视为一种相对更为平等的寻找这种法律渊源的办法, 即便正如批评家所指责的如大会决议的情况一样, 其代价是有时将国家的言辞抬高到超过其行动的地位。”)。

¹³⁴ 另见 J.Wouters, P.De Man, 见前注 122, at 208(“因此, 应当小心不要将国际组织的惯例等同于国家惯例。国际组织的行动是否可归属于总体上的国家群体是一个复杂的问题, 其答案取决于……各种因素”)。

¹³⁵ 另见代表欧洲联盟所做发言(A/C.6/68/SR.23, 第37段, 2013年11月4日), (“欧盟基于其创始条约赋予的权限在国际一级采取行动。它在许多国际协定中与国家一道成为缔约方。此外, 它在国际法涉及的一些领域具有专属权限。这些特殊性使其在习惯国际法的形成中具有特殊地位, 可通过其行动和惯例直接发挥作用。”); 另见 F. Hoffmeister ‘The Contribution of EU Practice to International Law’, in M. Cremona, *Developments in EU External Relations Law* (Oxford University Press, 2008), 37-128; M. Wood, O. Sender, ‘State Practice’, *supra* note 71, at paras. 20-21; E. Paasivirta, P.J. Kuijper, ‘Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 36 (2005), 169, 204-212。Jacobsson 女士同样提出, “如果一个国际组织有能力在一个特定问题上立法, 就不能无视……该组织的惯例。这种惯例不能仅仅被描述为该组织对习惯国际法的看法。它也可以被等同于国家惯例”(委员会第3184次会议, 2013年7月23日)。但是, 见 J. Vanhamme, ‘Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union’s Contribution’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 39 (2008), 127, 131 (“欧洲共同体的行为构成了欧盟[欧洲联盟]的惯例。将其描述为国家惯例[即将其归属于成员国], 将否定欧洲共同体的主要特点之一, 即, 它是在成员国赋予它的立法、行政和司法权力基础上自主运行。此外, 欧洲共同体的国际法律惯例确实忠实体现了全部27个成员国的法律确信[这些国家永久承诺接受其决定, 作为有约束力的法律]”)。

45. 其他非国家行为体的作用。有时有人提出，应承认非政府组织甚至个人等其他“非国家行为体”的行为促进了习惯国际法的发展。¹³⁶ 在这方面，有人回顾，“根据《国际法院规约》第三十八条，不是只有‘国家’才被要求遵循或承认习惯，因为这实际上是涉及公约的同一规范所要求的。因此，原则上，惯例可来自国家和非国家行动体。”¹³⁷ 但是，更好的看法是，尽管个人和非政府组织确实可以“发挥重要作用，促进遵守国际法及其遵守情况”¹³⁸（例如，通过在国家法院提起国际法主张来鼓励国家惯例，或在评估这种惯例时发挥作用），但它们的行动对于订立或证明习惯国际法而言，不属于“惯例”。¹³⁹

¹³⁶ 对于国际法律制定中的‘参与’的这种动态观点或使这种进程‘包容各方’的呼吁，例见 2000 年 4 月 11 日逮捕状(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第 3 页，见第 155 页(特设法官范登韦恩加爾特的不同意见)(“今天，在习惯国际法形成过程中，民间社会的意见……不能完全不予考虑”)；南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1971)，第 16 页，见第 69-70 页和第 74 页(阿蒙法官的反对意见)(“承认人民自决权的习惯规则形成的首要因素……[或许]是人民[为这一事业进行]的斗争，之后它们[现在的国际社会成员]才被承认为国家……如果存在任何‘一般惯例’可以被毫无争议地认定构成了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款意义上的法律，那么它必定是由参与坚决斗争的人民自身的自觉行动构成的”)；西撒哈拉，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1975)，第 12 页，见第 100 页(阿蒙法官的个别意见)；L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 2nd edition (Yale University Press, 2000), 344(“以‘国家’为焦点是不现实的……有关的行为模式……还包括个人和非政府组织代表的行为”)；D. Bodansky, ‘Customary (and not so customary) international environmental law’, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 3, 1995, 105, 108(提及国家和“国际组织、跨国公司和其他非政府团体”的行为)；I. Gunning, “Modernizing customary international law: the challenge of human rights”, *Virginia Journal of International Law*, 31, 1991, 211, 212-213 (“特别是，本文将通过质疑传统国家主权提法的全面性，探讨允许跨国和非政府团体在创造习惯方面拥有发言权的前景”)；C. Steer, ‘Non-State Actors in International Criminal Law’, in J. D’Aspermont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (Routledge, 2013), 295-310 (提出，在国际刑法中，非政府组织、法官和律师等非政府行为体是规范内容确定者)；J.J. Paust, ‘Nonstate actor participation in international law and the pretense of exclusion’, *Virginia Journal of International Law*, 51, 4 (2011), 977-1004；A. Roberts, S. Sivakumaran, ‘Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law’, *Yale Journal of International Law*, 37 (2012), 107-152；and W.M. Reisman, ‘The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application’, in R. Wolfrum, V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making* (Springer, 2005), 15-30。

¹³⁷ J.P. Bohoslavsky, Y. Li and M. Sudreau, ‘Emerging Customary International Law in Sovereign Debt Governance?’, *Capital Markets Law Journal*, 9 (2013), 55, 63。Baron Descamps 关于常设国际法院应适用的规则的最初提议将习惯称为“国家接受为法律的惯例”：见 K. Wolfke, 前注 6, at 3。

¹³⁸ T. Buergenthal and S.D. Murphy, *Public International Law in a Nutshell*, 5th edition (St. Paul, Minnesota, West, 2013), 75。

¹³⁹ 参阅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，结论 5，第 2 段(2013 年国际法委员会报告，第 38 段)：“其他行为，包括非国家行为体的行为，依据第 31 和 32 条不构成嗣后惯例。但是，这种行为在评估一个条约缔约方的嗣后惯例时可能具有意义”；另见在 2013 年第六委员会就国际法委员会的工作开展辩论期间以色列和伊朗伊斯兰共和国代表所做

46. 虽然国际法院和法庭关于习惯国际法规则的存在及其形成的裁决不是“惯例”，¹⁴⁰ 但这些裁决“作为确定法律规则的辅助手段”发挥重要作用。¹⁴¹ 国际法院的声明尤其可能具有很大份量。¹⁴²

47. 机密惯例。许多国家惯例，例如各国政府之间的保密交流，至少在一段时间内不会公布。¹⁴³ 除非已公开披露，否则在此之前很难看出惯例如何有助于形成

发言(载于 www.un.org/en/ga/sixth); A.C. Arend, *Legal Rules and International Society* (Oxford University Press, 1999), 176 (“即便非国家行为体存在，并且在某些情况下，这些非国家行为体已缔结了国际协定，但这些行为体没有以无中介的方式进入创造一般国际法的进程。换言之，非国家行为体之间的互动及其与国家之间的互动并没有制造习惯国际法”); J. D’Aspermont, ‘Inclusive law-making and law-enforcement processes for an exclusive international legal system’, in J. D’Aspermont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (Routledge, 2013), 425, 430; M.H. Mendelson, *supra* note 71, at 203 (提出，非国家行为体对习惯国际法形成的贡献是“在更为宽泛的意义上……[这是一种]间接的贡献”); Y. Dinstein, 见前注 71, at 267-269; 《伦敦原则声明》，第 16 页。有些人提出，渔民等个人的惯例已被确认为导致了习惯国际法(例如，见 K. Wolfke, 见前注 93, at 4)，对此，更准确的说法应当是“当然无法否认个人的行为可能创造一些事实，这些事实可能随后成为国家间对话的主题……但在这种情况下，个人的行为不构成创造法律的惯例：它们仅仅是一些导致国家实行国际惯例的事实”(G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 84); 另见 K. Wolfke, 见前注 6, at 58: “谁的行为对惯例做出贡献并不重要；重要的是可以将该惯例归属于谁，最重要的是谁‘将其接受为法律’”; C. Santulli, 见前注 37, at 45-46 (“要对习惯规则的形成具有意义，前例必须可归属于一个国家或国际组织。事实上，只有国家和国际组织才与习惯法相关。国民的行为并非不重要，但其对于评判习惯国际法是否形成在法律上的相关性只在于其引起的反应，无论是容许还是反对”)。

¹⁴⁰ 另见 Mendelson, 见前注 71, at 202; 但是，见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 315 页(阿蒙法官的个别意见)：“国际案例法……被视为[习惯]的一个元素”；G.M. Danilenko, 同上，at 83(“法庭的裁决，特别是国际法院的判决，是社会惯例的一个重要部分”)。参阅 L. Kopelmanas, ‘Custom as a means of the creation of international law’, *British Yearbook of International Law*, 18 (1937), 127, 142 (“国际法官的行为通过习惯创造法律规则是一种无可置疑的确凿事实”)；R. Bernhardt, 见前注 84, at 270(“[赋予司法判决确定法律规则的辅助手段地位的]《国际法院规约》第三十八条的]这个说法低估了国际法院的判决在创造规范进程中的角色。令人信服地加以阐述的判决往往对规范形成进程具有重要影响力，即便理论上法院适用现行法律而不创造新法律”)。

¹⁴¹ 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款；另见秘书处的备忘录，见第 25-26 页(指出“委员会有时会依据国际法院或法庭的裁决作为对某项习惯国际法规则的地位的权威性说明”(意见 15)；“此外，委员会经常依据司法声明作为支持某项习惯国际法规则的存在或不存在的考虑因素”(意见 16)；“委员会有时还依据国际法院或法庭的判决，包括仲裁裁决，作为用于确认相关国家惯例的次要材料来源”(意见 17))。

¹⁴² I. Brownlie, 见前注 121, at 19 (“国际法院及其他国际法庭的判决在承认和认证习惯国际法规则方面发挥作用”)。最近的例证见琼斯和其他人诉联合王国案中欧洲人权法院的判决(第 34356/06 和 40528/06 号诉状)，2014 年 1 月 14 日，第 198 段。参阅 Wolfke, 见前注 6, at 145 (“国际法院特别是海牙法院的判决和意见作为习惯规则的证据，具有决定性的重要意义。法院几乎将其作为实在法来援引”)。

¹⁴³ 这种机密惯例应与仅仅是难以查阅的惯例区分开来。由于各种原因，惯例可以基本上不为人知。例如，如果特定国家的惯例没有以广为人知的形式公布，就属于这种情况。有些国家惯例主要

和确定一般习惯国际法。¹⁴⁴ 与此同时，只有某些国家甚至只有两个国家了解的惯例可能有助于形成仅适用于这些国家的区域性、特殊性或地方性习惯国际法规则(而不是一般规则)。¹⁴⁵

48. 提出结论草案如下：

结论草案 7

惯例的形式

1. 惯例可能采取多种形式。 既包括实际行动，也包括语言。
2. 惯例的表现形式除其他外包括：国家的“实地”行为、外交行为和来往公文、立法行为、国家法院的判决、国际法领域的正式出版物、代表国家就编纂工作发表的声明、与条约有关的惯例以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。
3. 不作为也可视为惯例。
4. 国际组织的行为(包括不作为)也可作为惯例。

49. 没有预先确定的等级。没有任何一种惯例的表现形式被预先认为比其他表现形式更重要；惯例的重要程度取决于具体情况以及所涉规则的性质。¹⁴⁶ 例如，

是以不广为人知的语言公布(事实上大多数语言都是如此)，委员会成员和各国都对这个特殊问题表示关注。

¹⁴⁴ 另见 Y. Dinstein, 见前注 71, at 275(“国家行为的另一个条件——如果要在评估习惯形成时包括在内的话——就是它必须是透明的,以使其他国家得以对其作出积极或消极的反应”);《伦敦原则声明》,见第 15 页(“不公开的行为不算惯例”)。关于更普遍的“反对国家秘密的理论的代表职能”,见 A.Carty, 见前注 71, at 979-982。Meijers 强调,“国家通过不反对、即不做出反应来同意创造法律。如果是这样,有关国家必须得到一个做出反应的机会。由此就产生了对法律形成的两个进一步要求:必须有可能指出至少一个明确表达的创造法律的意愿,这种明确表达的意愿必须能够为所有被认为不提出抗议即是表示希望同意创建新规则的国家所认知”(H. Meijers, 见前注 124, at 19)。但是见 M. Bos, ‘The Identification of Custom in International Law’, *German Yearbook of International Law*, 25 (1982), 9, 30(“即便得到协助,发现[国家惯例的]证据有时也是一个难题,因为不是所有的惯例都能得到摘录和收集。因此,要求惯例除了具备[基本上统一、可归属于国家和普遍性的]几个特性之外,还应当对今后可能受到将成为习惯的规则制约的其他国家足够明显,是一个过分的要求”。

¹⁴⁵ 特别报告员的第三份报告中将处理区域/特殊/双边习惯的问题。

¹⁴⁶ 另见 B. Conforti, B. Labella, 见前注 52, at 32(“这些不同行动并非由一套等级制度管辖:国内法院和行政部门、处理对外关系的机关和国际组织的代表都是平等的。赋予这些行为的权重依赖于国际习惯规则的内容”); M. Akehurst, 见前注 84, at 21 (“没有令人信服的理由赋予一种惯例高于另外一种惯例的重要性”); K. Wolfke, 见前注 6, at 157 (“《国际法院规约》中缺乏任何适当的说明,而且法院在选择和评价习惯法证据时享有自由,这些都不是承认此类证据种类之间存在任何正式等级的理由”。

虽然人们常说“行动胜于雄辩”，但当公认行动属于非法时，情况显然不是这样。¹⁴⁷与此同时，在许多情况下，最终是由行政部门代表国家在国际事务中发言。¹⁴⁸

50. 一个国家的惯例应“视为一个整体”。¹⁴⁹这意味着，首先，必须考虑到某一特定国家的所有惯例。第二，情况可能是国家各机构不用一个声音讲话。例如，一个法院或立法部门采取的立场可能违背行政部门的立场，甚至在同一部门内，都可能出现不同立场。次国家机构(例如在一个联邦国家内)的惯例特别有可能如此；可能有必要以对待下级法院所作裁决的方式来同样审慎地对待次国家机构的惯例。如果一个国家用几个声音说话，其惯例就是模棱两可的，这种冲突很可能削弱赋予有关惯例的权重。¹⁵⁰

51. 提出结论草案如以：

结论草案 8

权衡与惯例有关的证据

1. 惯例的各种不同形式之间没有预先确定的等级。
2. 应考虑某一特定国家的所有现有惯例。如果国家各机构不用一个声音讲话，应赋予其惯例较低的权重。

52. 惯例的普遍性。“从《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款的明确用语来看，当然很清楚，可由之推定为普遍习惯的惯例是具有普遍性的各国惯例，不是

¹⁴⁷ 例如，见国际法院在其尼加拉瓜判决书中对不干涉原则的审议：尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情，判决书，《国际法院案例汇编》(1984)，第14页，见第108-109页，第207段；另见 Müllerson，“见前注84，at 344(“当然，不同类型的国家惯例可能在习惯形成过程中的权重不同。一般而言，国家做什么比说什么更重要，但另一方面，至少在官方国家间关系中，说即是做。‘实际’惯例可能在习惯形成进程中更重要，但外交惯例一般更明确地表达了国家的国际法地位。往往只有少数几个国家会参与‘实际’惯例，而其他国家的惯例可能仅仅是外交上的，甚至彻底缺席”)。

¹⁴⁸ 另见 Roberts，见前注112，at 62(“当出现不一致时，必须对冲突的惯例进行权衡，考虑诸如哪个政府机构有权处理该问题等因素”)；但是，见 I. Wuerth，‘International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case’，*Melbourne Journal of International Law*，13 (2012)，1，9(“给予行政部门特权是不能令人满意的，因为一个国家法院的决定行使了国家作为国际法主体的责任，而且它往往比行政部门的惯例提供了更为明确的法律确信”)。

¹⁴⁹ 国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参与)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第99页，见第136页，第83段。

¹⁵⁰ 例如，见 *Yong Vui Kong* 诉检察官案，[2010]3 S.L.R.489 [2010] SGCA 20 (新加坡最高法院-上诉法庭，2010年5月14日)，para. 96。另有不同观点认为，只有在一个国家的不同机构所遵循的惯例之间的差别消失之后，该国才能实现“连贯一致，从而有能力对习惯法的发展做出贡献”，见 Akehurst，见前注84，at 22。

所有国家的惯例。”¹⁵¹ 的确，要产生或确认一般习惯国际法的某条规则，所涉惯例不必是全体一致的（普世的），¹⁵² 但它必须是“广泛的”，¹⁵³ 或换言之，是“足够普及的”。¹⁵⁴ 这不是一个纯粹量化的检验标准，因为惯例的采用者还必须具有广泛的代表性，¹⁵⁵ 并包含那些利益特别受到影响的国家。

¹⁵¹ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 330 页(阿蒙法官的个别意见)。

¹⁵² 另见北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 104 页(阿蒙法官的个别意见)(“因此(证明习惯国际法业已存在)的问题就是要弄清这样一种惯例是否虽然实际上不是全体一致遵守的，但却得到各国的普遍遵守，而且这些国家实际意识到是在遵从一项法律义务。”)及第 229 页(拉克斯法官的反对意见)(“一项国际法原则或规则要获得约束力，并不需要通过‘普世接受’这个标规的检验。法院的若干陈述都反映了这一点……我此前针对另外情形指出过，并非所有国家都有机会或有可能适用某项规则。应当在大量国家——可能是大多数国家、无论如何是绝大多数有关国家——的做法中寻找证据”)；核试验(澳大利亚诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 253 页，见第 435 页(Garfield Barwick 法官的反对意见)；(“我认为各国间使用的习惯法不取决于是否得到普世接受”)；加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，判决书，《国际法院案例汇编》(1997)，第 7 页，见第 95 页(威拉曼特里法官的个别意见)(“国际社会的普遍支持当然不意味着国际社会的每个成员都要明确、具体地支持某个原则；同时这也不是确立一项习惯国际法原则的必要条件”)。关于学术性支持意见，例如见 J. Dugard SC, *International Law: A South African Perspective*, 4th edition (Juta, 2012), 28 (某个规则要具备习惯的资格，必须受到‘普遍’或‘广泛’的接受。普世接受并非必要)；H. Thirlway, 见前注 38, at 59(“可以明确指出的是，所有国家的全体一致性并非必要条件，也不意味着必须表明所有国家都采纳这种惯例，或意味着有证据表明所有国家都持‘这是一项有约束力的习惯’这一看法或曰确信”)。

¹⁵³ 北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 43 页，第 74 段。

¹⁵⁴ 例如见卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(2001)，第 40 页，见第 102 页，第 205 段(谈到“(统一和)普及的国家惯例”)；缅甸湾区域海洋边界划界，判决书，《国际法院案例汇编》(1984)，第 246 页，见第 299 页，第 111 段(谈到“一种足够普遍和令人信服的实践”)；渔业管辖权案，联合王国诉冰岛，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 45 和 52 页(Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh 和 Ruda 法官的联合个别意见)(谈到“足够普及”和“足够普遍和统一”的国家惯例)及第 161 页(佩特伦法官的个别意见)(谈到需要“足够多”的国家)；卡翁达等人诉南非共和国总统等人，南非宪法法院判决(2004 年 8 月 4 日)，第 29 段(“目前，这不是各国的普遍惯例……因此必须接受的是，申诉人不能依据习惯国际法提出要求”)；2 BvR 1506/03，第二庭 2003 年 11 月 5 日法令(德国联邦宪法法院)，第 59 段(“然而，这种实践不够普及，不足以作为一种巩固的实践，据此建立习惯国际法”)。“普遍性”的确被描述为“关乎普世习惯规则实质的关键概念”：J. Barboza, 见前注 119, at 7。另见秘书处的备忘录，见第 10 页(“国家惯例的普遍性也被委员会视为认定一项习惯国际法规则的关键性考虑”)。

¹⁵⁵ 见北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 42 页，第 73 段(“一种非常广泛和有代表性的参与……”)及第 227 页(拉克斯法官的个别意见)(“这种数学计算本身尽管很重要，但应当辅之以我权且称之的‘对各国代表性进行的光谱分析’……因为在当今世界上，形成一项一般国际法新规则时必须考虑一个因素，即政治、经济和法律体系各不相同的国家、各大洲的国家都参与这个进程”)；Mondev International Ltd 诉美利坚合众国案(解决投资争端国际中心(追加融通资金)，裁决，2002 年 10 月 11 日)第 117 段(“投资协定是北南之间、东西之间及上述各范围内的国家之间互相订立的。在相当广泛的程度上，各国不断出于义务感为外国投资提供这种待遇。法院认为，这套协调一致的惯例必定会对现今国际法中关于外

53. 在“对各国惯例进行某种‘数人头’式的分析”时，¹⁵⁶ 无法抽象地确定到底需要多少个国家，才可确认某种惯例是“普遍的”。¹⁵⁷ 说到底，重要的是“这种惯例必须得到绝大多数迄今有机会适用该惯例的国家的适用”¹⁵⁸（包括在适当情形中通过不作为来适用该惯例），而且“这个可用的惯例……非常普及，任何与之不符的残存惯例都被边缘化，不产生直接的法律影响。”¹⁵⁹ 有时，即使有“可观”数目的国家遵循这个惯例，也不一定足够；¹⁶⁰ 但很有可能的是，只有相对来讲少数国家采用某种惯例，而其他国家的不作为足以创立习惯国际法的某个规则。¹⁶¹

54. 特别受影响的国家。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。¹⁶² 换言之，对国际惯例进行任何评估时都

国投资待遇问题的规则产生影响”）；2 BvR 1506/03，第二庭 2003 年 11 月 5 日法令(德国联邦宪法法院)，第 50 段(谈到“时间上连续、尽可能统一、参与的国家及其他有立法权限的国际法主体既广泛又具有代表性的实践”)；《伦敦原则声明》，第 23 页(“要形成一般习惯国际法的一项规则，国家惯例必须既普遍又有代表性”)；G.M. Danilenko，见前注 139，at 94(“普遍性要求意味着习惯惯例必须获得广泛性和代表性”)。

¹⁵⁶ 借用 Dillard 法官的个别意见，渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 56 页。

¹⁵⁷ 另见 A. Clapham，见前注 37，at 59-60(“检验各国是否普遍承认有义务采用某个惯例的这个标准必定是一种模糊标准；但不论是国家的还是国际的，习惯法的性质就是不受制于精确的或最后的公式”)；J. Barboza，见前注 119，at 8(“‘普遍性’似乎是个相当灵活的概念”)。

¹⁵⁸ J.L. Kunz，见前注 56，at 666；并见下文第 54 段关于“特别受影响的国家”的论述。另见 R. Higgins，见前注 13，at 22(“我们不得忘记一个事实，即在新规范的形成、发展、变化或许还有消亡中，绝大多数国家的实践才是关键”)。德国联邦宪法法院认为，只要绝大多数国家承认某条规则具有约束力就足够了，其中不一定要包括德国(见第二庭 2007 年 5 月 8 日法令，2 BvM 1-5/03，1，2/06，第 33 段：“假如绝大多数国家承认某项国际法规则，那它在基本法第二十五条的含义下就是‘普遍’的(见 BVerfGE 15，25 (34))。规则的普遍性涉及的是规则的适用而非其内容，因此规则不需要得到所有国家的承认，同样不需要具体得到德意志联邦共和国的承认”)。

¹⁵⁹ M.E. Villiger，见前注 84，at 30。

¹⁶⁰ 北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 42 页，第 73 段。另见 Nguyen Tuong Van 诉公诉机关(新加坡上诉法院)，[2005] 1 SLR 103；[2004] SGCA 47，第 92 段。

¹⁶¹ 例如见 M. Akehurst，见前注 84，at 18(“极少数国家遵从的惯例可以形成一项习惯法规则，只要没有与规则相冲突的惯例”)。

¹⁶² 北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 42 页，第 73 段(“……关于一项传统规则可被考虑成为一项国际法一般性规则时通常认为必须加以考虑的其他因素，可能甚至不需要历经相当长的时期，只要该传统得到非常广泛和有代表性的遵行就足够了，而且其中要包含利益特别受到影响的国家”)；第 43 页，第 74 段(“国家惯例，包括那些利益特别受到影响的国家的惯例”)及第 175 和 176 页(田中法官的反对意见)(“不可否认，重复性问题是一个数量性问题……我要强调的是，关键是一个数字或图表在特定情境中意味着什么。在评估时，我们不能认为一个海洋大国对(大陆架)公约的批准或根据等距离原则缔结协定反映出的国家实践与大陆架划界对其没有特别利益影响的内陆国家采取的类似举动具有完全同样的重要性”)；另见渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 90 页(德卡斯特罗法官的个别意见)(“要形成一项国际法新规则，各国惯

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，¹⁶³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。）¹⁶⁴哪些国家会“特别受影响”取决于审议中的具体规则。的确，“并不是在所有问题上都能明确指出‘特别受影响’的国家。”¹⁶⁵很多情况下，所有国家同等受影响。不错，有些国家常常会“特别受影响”；¹⁶⁶不过，根据主权平等原则的要求，只能在这种情况下才对它们的惯例进行评估并给与特别的权重。¹⁶⁷

例，包括那些利益特别受到影响的国家的惯例必须在实质上或实际上是统一的”及第 161 页(佩特伦法官的个别意见)(“因而缺失了形成一项习惯法新规则的另一个不可或缺要素，即那些利益受其影响的国家对它的采纳”)；J.B. Bellinger and W.J. Haynes, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89, No. 866 (2007), 443 and 445 (footnote 4); Treves, “Customary International Law”, para. 36(见前注 50)(“尽管譬如在主要海洋大国、或主要沿海国家、或有时可能是主要渔业国家没有相应惯例的情况下难以判定一项海洋法规则业已存在，但关系不大的国家的默不作声不会妨碍做出这类判定。同样，要确立经济关系方面的规则——例如关于外国投资的规则——需要主要投资国及主要接受投资国采用相应惯例”)。

- ¹⁶³ W.T. Worster, ‘The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law’, *Boston University International Law Journal*, 31 (2013), 1, 63. Meijers 谈到“在某项活动中占有支配性分量的国家”(H. Meijers, 见前注 124, at 7); Danilenko 谈到“与有关原则和规则有特殊的利益攸关性”(Danilenko 见前注 139, at 95)。
- ¹⁶⁴ 例如见渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 3 页，见第 47 页(Forster、Bengzon、Jiménez de Aréchaga、Nagendra Singh 和 Ruda 法官的联合个别意见)(“……这些要求一般会引引起若干海洋大国和远洋渔业大国的抗议或反对，因此不能说得到了‘普遍接受’”)。
- ¹⁶⁵ G.M. Danilenko, 见前注 139, at 95. 另见 M. Mendelson, 见前注 124, at 186 (“‘特别受影响国家’的概念不太准确”)；M.J. Aznar, ‘The contiguous zone as an archeological maritime zone’, *International Journal of Marine and Coastal Law*, 29, 1 (2014), 1 and 12. 在国际法院对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见中可以看到这类反对意见的一个例子。沙哈布丁法官在其反对意见中指出，“现在的问题是使用能够毁灭人类因而毁灭所有国家的武器的合法性问题；这种情况下，哪些国家特别受影响的检验标准就不是武器的所有权问题，而是使用武器的后果。从这个角度看，所有国家同等受影响，因为这些国家和居住在这些国家的人民都有同等的生存权”(以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第 226 页，见第 414 页。)同样观点另见第 535 和 536 页(威拉曼特里法官的反对意见)。
- ¹⁶⁶ De Visscher 把习惯国际法的成长比作“在空地上走出一条路”：“有些走路的人比别人踩出的脚印更深，或是因为他们分量重，这指的是他们的世界影响力；或是由于利益所在，在这条路上常来常往”：C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law* (Princeton University Press, 1968), 149。
- ¹⁶⁷ 另见《伦敦原则声明》，第 26 页：“没有任何规则表示，只有大国也采用某个惯例，该惯例才能成为一般习惯法规则。鉴于大国无论地理还是事务方面都利益牵扯广泛，它们往往会因某个惯例而“特别受到影响”；由于这个原因而且仅仅由于这个原因，它们的参与才是必要的”；另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第 226 页，见第 278 页(史法官的声明)(“如果我们过分强调这“一大部分”成员[即，在国际政治舞台上扮演重要角色的举足轻重的国际社会成员]的惯例的话，不仅与各国主权平等的根本原则相违背，而且也更难准确而恰当地反映出有的习惯准则”)及第 533 页(威拉曼特里法官的反对意见)。

55. 惯例的一贯性。要确立习惯国际法的某项规则，有关惯例必须是一贯的。¹⁶⁸ 尽管围绕着每个行为的特定情况自然会各不相同，但这些行为必须有一个共同的、“不变的核心含义”：只有这样，才有可能观察到行为的某种规律性。¹⁶⁹ 相形之下，当惯例表明“根据最后分析，每个具体情况都与所有其他情况不同时……就不具备形成习惯法原则与规则的必要条件。”¹⁷⁰ 换言之，如果事实表明“存在太大的不确定性和矛盾之处，太大的波动起伏和差异……太大的不一贯性……

对意见)(“从创立国际习惯的角度讲，185个国家中5个国家的惯例和政策似乎不足以成为要求创立习惯的依据，不管这5个国家的全球影响力有多大”)。然而，还见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第226页，见第312和319页(施韦贝尔法官的反对意见)(这种核惯例不是某个次要的、单枪匹马的顽固反对派的惯例，不是某个在不利的国际舆论旷野中呼号，见弃于国际社会的政府的惯例。这是世界5个主要强国的惯例，是安全理事会常任理事国的惯例，这些国家近50年来得到其盟友及受其核保护伞庇护的其他国家的极力支持。也就是说，采用这种惯例——这种得到数量举足轻重的其他国家支持的惯例——的国家合起来代表着全世界最主要的军事、经济、金融和技术实力，人口也占极大比例)；核试验(澳大利亚诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第253页，见第306页(佩特伦法官的个别意见)(“在这方面，对世界上人口最多的国家的态度视而不见是不现实的”)；T. Buergenthal and S.D. Murphy, 见前注138, at 28 (“看来很显然，惯例不必是普世的。同样无可争议的结论是，一般来说，这种惯例必须得到世界主要强国和直接受影响国家的采纳”)。

¹⁶⁸ 例如见哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950年11月20日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第276和277段(“恒常和统一的采用”)；关于通过印度领土之权利的案件(案情实质)，1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第40页(“恒常和统一的实践”)；诺特鲍姆案(第二阶段)，1955年4月6日判决书，《国际法院案例汇编》(1955)，第4页，见第30页(Klaestad法官的反对意见)；北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第43页，第74段(惯例必须“实际上一致”)；渔业管辖权案(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第3页，见第90页(德卡斯特罗法官的个别意见)(“要形成一项国际法新规则，各国惯例，包括那些利益特别受到影响的国家的惯例必须在实质上或实际上是统一的”)及第50页(Forster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Nagendra Singh和Ruda法官的联合个别意见)(“国家惯例获得习惯法地位的另一个必要条件是这种国家惯例必须是普遍、一贯和一致的。因此，在各国惯例彼此矛盾或本国惯例前后不一的情况下，特别是当那些据说正在遵行或确立该习惯的国家出现这种情况时，某项习惯法规则就无法形成”)。另见秘书处的备忘录，第9页(“国家惯例的统一性被委员会视为认定一项习惯国际法规则的关键性考虑”)。有位学者写到，在实践中，普遍性与统一性这两个要求“融汇在一个统一的分析过程中。例如，国际律师若没有辨别出某种统一的惯例，就无法分析这种惯例是否是普遍的”(D.P. Fidler, ‘Challenging the Classical Concept of Custom: Perspectives on the Future of Customary International Law’, *German Yearbook of International Law*, 39 (1996), 198, 202)。

¹⁶⁹ J. Barboza, 见前注119, at 7 (“做法的重复性是习惯的核心。当然，实际情况不会一成不变：赫拉克利特曾说，我们从不会两次沐浴在同一条河流里。实际情况会变，主体会变，环境会变，但有一个核心含义不会变。何时出现重复情形，何时就有共属一类的个别事实。谈到重复的时候，就意味着已经进行过抽象，去除了属于实际生活中个别情况的一系列参数。与此同时，保留了一个核心的类属含义，即可以应用到其他情形中的含义……这个类属含义在每个先例中重复出现，由此确立为为有关国家所接受的法律的内容”)；另见G.M. Danilenko, 见前注139, at 96 (“任何习惯规则都是从个别先例中总结出的一般性规范”)。

¹⁷⁰ 缅甸湾区域海洋边界划界，判决书，《国际法院案例汇编》(1984)，第246页，见第290页，第81段。

而且所涉惯例过于受到种种情况下政治权宜之计的影响, []那么就所称的规则而言, 就无法从所有情形中离析出任何恒常、统一、可被接受为法律与实践……”。¹⁷¹

56. 要确立某种惯例的一贯性, 当然必须考虑事实上可以类比、所出现问题相同或类似的那些情况。¹⁷² 尽管一贯惯例的频繁重复出现自然会增加它的分量, 但“要除了频繁程度, 还必须考虑不得不采取构成该惯例的行动、或适于采取该种行动的情况的频繁程度”。¹⁷³

57. 某些不一贯性不是致命的。惯例不需要完全统一: “不应过分考虑表面上的矛盾和不一贯性。”¹⁷⁴ 用国际法院的话说, “不指望在各国惯例中完美无缺地适

¹⁷¹ 哥伦比亚-秘鲁庇护案, 1950年11月20日判决书, 《国际法院案例汇编》(1950), 第266页, 见第277页; 另见科孚海峡案, 1949年4月9日判决书, 《国际法院案例汇编》(1949), 第4页, 见第74页(克雷洛夫法官的反对意见)(“各国在该问题上的惯例远不一致, 因此不能说这方面已存在国际习惯”)及第128页(Eçer博士的反对意见)(“各国惯例大相径庭, 找不到证据表明存在这样一条习惯国际法规则”); 渔业案, 1951年12月18日判决书, 《国际法院案例汇编》(1951), 第116页, 见第131页(由于发现“某些国家”采取或适用一种规则, 而“其他国家”采用的是不同的惯例, “因此, []规则没有获得一项国际法普遍规则的权威”); 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1970), 第3页, 见第56和57页(布斯塔曼特·伊·里韦罗总统的个别意见)(认为如果惯例是“偶然性的, 无法系统化”, 则“在这种情况下不太可能形成习惯国际法”); 渔业管辖权案(德意志联邦共和国诉冰岛), 案情实质, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1974), 第175页, 见第212页(纳吉德拉·辛格法官的声明)(“五花八门、彼此不一的国家惯例(会妨碍一项规则的形成)”); 2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时), 《国际法院案例汇编》(2002), 第3页, 见第117和118页(布拉-布拉法官的个别意见)(“不一贯和模棱两可的情况太多, 基本表明某种实践是孤立的、单方面的, 这就意味着没有形成习惯规范”)。

¹⁷² 例如见北海大陆架案, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1969), 第3页, 见第43页, 第79段; 2 BvR 1506/03, 第二庭2003年11月5日法令(德国联邦宪法法院), 第42段(“必须特别考虑到, 有关国家惯例和地区高等法院已计入的原则绝大部分指的是只涉及两国的情况, 而眼下的案例中存在三方法律关系: 也门共和国是原告的原籍国, 美利坚合众国是请求举行论坛的国家, 而德意志联邦共和国是收到居留申请的国家。因此, 所指控的违反国际法行为的法律后果不直接涉及及举办论坛国家的刑事诉讼程序……而是涉及收到居留申请的国家的引渡诉讼程序”); 公诉人诉 Fofana 和 Kondewa, 案件号 SCSL-04-14-A, 判决书(塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭), 2008年5月28日, 第406段。

¹⁷³ H. Thirlway, 见前注 38, at 65。

¹⁷⁴ G. Fitzmaurice, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law’, *British Yearbook of International Law*, 30 (1953), 1, 45; 另见 M. Villiger, 见前注 84, at 44 (“……过于严格的检验标准会损害习惯国际法的形成。例如, 如果过于细致地检查每一例实践, 那就意味着忽视了习惯法所应有的一般性。另外, 乍看起来不一贯的实践很可能包含某种共性的一般规则, 或至少在部分的或特殊的规则方面存在某种统一性。一旦规则得以确立, 很可能会容许种种不同的办法……在现实中, 规则的发散性可能意味着某种可以容许的例外……”); J. Crawford, 见前注 37, at 24 (“惯例的完全统一性并非必要, 但实质上的统一性是必要的”); D. Bodansky, 见前注 136, at 109 (“习惯规则反映的是做法的规律性, 而不一定是统一性……错误和违反规则的情况是可能存在的”); R. Müllerson, 见前注 85, at 167 (提出一个一般观点, 即“只有在与期望的惯例模式有偏离的情况下才需要法律条例”)。用 Briggs 的话说, “某个惯例在一致性、普遍性或一贯性方面出现变异时, 司法解释就派上用场了”: H.W. Briggs, ‘The Colombian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary

用有关规则……法院不认为为将某条规则确立为习惯法，相应的惯例必须绝对严格地符合该规则。要推定习惯规则业已存在，法院认为达到下列条件就足够了：国家惯例应与这类规则大体上一致，而且与某项规则不一致的那些国家惯例一般应被视为对这一规则的破坏，而不是代表一项新规则的被认可。”¹⁷⁵

58. 惯例存在的时间。尽管习惯国际法规则的诞生在传统上是某种惯例沿袭相当长时期后的结果，但对某种惯例必须存在多久才能成熟为习惯国际法规则的问题，普遍认为并无具体要求。¹⁷⁶ 正如国际法院就“北海大陆架”一案所言，“只过去很短一段时间这一点本身并不一定妨碍一条习惯国际法新规则的形成……但一个必不可少的要求是，在这段尽管很短的时间内，国家惯例——包括利益特别受到影响的那些国家的惯例——应当既普遍、实际上又统一……而且应当显示

International Law, *American Journal of international Law*, 45 (1951), 728, 729. 根据秘书处的备忘录，“当国际惯例中隐含某种统一的线索或主题时，惯例的某种变异性往往不妨碍委员会确定一项习惯国际法规则”（见第 12 页）。

¹⁷⁵ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，见第 98 页，第 186 段。法院补充道，“如果初步证据显示一国的惯例有违公认规则，但它却诉诸规则本身所包含的例外情形或理由为自己的做法辩护，那么，不论该国的惯例实际上可否据此变得正当，但这种态度本身的意义在于确认而非削弱了所言的规则”；另见哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950 年 11 月 20 日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第 266 页，见第 336 页(阿泽维多法官的反对意见)；关于通过印度领土之权利的案件(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第 6 页，见第 40 页，又见第 104 和 107 页(法官珀西·斯彭德爵士的反对意见)；北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 229 页(拉克斯法官的反对意见)。在渔业案中，法院表示，它“认为不必过分重视联合王国政府声称在挪威的实践中发现的少数不确定性或矛盾之处，不论是真实的还是表面的。鉴于 1812 年到现在过去了那么长时间，所发生的事实和所处的环境状况各种各样，上述不确定性或矛盾之处很容易理解，仅此不足以修改法院已经得出的结论”（渔业案，1951 年 12 月 18 日判决书，《国际法院案例汇编》(1951)，第 116 页，见第 138 页）。

¹⁷⁶ 例如见 J. Dugard SC, 见前注 152, at 27 (“大多数情况下，某种惯例需要经过一定时间才能凝成习惯规则。然而在某些情况下，无需太多实践就可确立某个规则，那么规则的形成就很迅速”)；O. Corten, *Méthodologie du droit international public* (Editions de l'Université de Bruxelles, 2009), 150-151 (“较早的理论看来要求存在历史悠久的惯例，但由于案例法最近的发展，这个要求已经过时。根据属时理由，存在时间不长的以前做法很可能导致特别有效和明确的习惯法规则”)；J.L. Kunz, 见前注 56, at 666 (“……国际法没有规定这种惯例需要重复多少次或重复多长时间”)；K. Wolfke, 见前注 93, at 3 (“这种惯例不再需要沿袭很长时间”)；《伦敦原则声明》，见第 20 页 (“……不需要准确的时间长度”)。然见塞普尔韦达-阿莫尔法官的个别意见，航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决书，《国际法院案例汇编》(2009)，第 213 页，见第 279 页：“在习惯国际法的创建过程中，时间是另一个重要因素……声称在那么短时间内创建起来的一项习惯权利业已存在，显然与法院此前关于这个问题的法理有矛盾”(援引通行权利案)；R.Y. Jennings, ‘The Identification of International Law’, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982), 3, 5 (“某种惯例或多或少延续相当长时期当然是习惯法的一个基本要素”)。

出，人们普遍承认，其中牵涉到一条法律规则或法律义务。”¹⁷⁷ 虽然有些规则的诞生不免需时较长，¹⁷⁸ 但只要惯例表现出足够的普遍性和一贯性，就没有特定的存在时间的要求。¹⁷⁹ 不过在这方面应当牢记，“所有可能因其不作为而受某项准则约束的国家必须有必要的时间通过抵制该规则来避免默示接受。”¹⁸⁰

59. 提出结论草案如下：

结论草案 9

惯例必须具备普遍性和一贯性

¹⁷⁷ 北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 43 页，第 74 段；另见第 124 页(阿蒙法官的个别意见)，第 230 页(拉克斯法官的反对意见)(“关于时间因素，以往由国家惯例形成法律往往要经过很长时间。无疑，在某些情况下这可能是合理的。但现在，社会和经济的变化日益加速，科学技术发展日新月异，对法律提出了严峻的挑战：法律必须应对这个挑战，否则它那种习以为常的滞后步调会愈演愈烈……大陆架方面法律制订和成熟的时间不长，这不应妨碍我们承认其原则与规则，包括等距离规则为一般法的一部分”)及第 244 页(索伦森法官的反对意见)(“这样就保留了根据各国近期惯例承认一项新的习惯法规则正迅速形成的可能性。鉴于国际社会在当前历史阶段的疾速演化，这一点尤显重要”)。关于‘习惯惯例’，美洲人权法院认为，“关键是这个惯例一直得到恒常的、不加中断的遵守，而不一定要沿用了多长的特定时间”(*Baena Ricardo et al.*, Judgment of November 28, 2003, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 104 (2003), para. 104)。

¹⁷⁸ 见 H. Thirlway, 见前注 38, at 64 (“如果需要解决的问题一再出现，而每次都是以同样的方式处理，那么所需的时间不必太长；但如果问题只是偶尔出现，那就需要较长时间才能看出处理方法的一贯性……实际上，最重要的因素是惯例的一贯性和重复性，而不是延续时间”)；另见 H. Lauterpacht, ‘Sovereignty over Submarine Areas’, *British Yearbook of International Law*, 27 (1950), 376, 393 (认为“某种通例构成法律的证据”(用《规约》第三十八条的话说)不需要延续几十年。为习惯的凝成准确规定一个较长的时间段，这种意图必须与它打算、或主张进行的变动的程度及强度成比例”)；李浩培，国际法的概念与渊源(广州人民出版社，1994)，第 91 页(引用于 C. Cai, ‘International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules’, *Chinese Journal of International Law*, 7 (2008), 659, 661)。

¹⁷⁹ 另见 I. Brownlie, 见前注 121, at 19; E. Jiménez de Aréchaga, ‘General Course in Public International Law’, 159 *Recueil des Cours* (1978), 25 (“法院对快速成熟的惯例的接纳表明，传统上的时间要求本身并非目的，而是证明某种国家惯例的普遍性与统一性的一种方式”)；L.B. Sohn, ‘Unratified Treaties as a Source of Customary International Law’, in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays in International Law in Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 231, 234 (“惯例沿袭的时间对习惯的形成并非至关重要。更重要的是其他因素的强度——惯例的频度和重复性，采用这种惯例的国家数目以及相反惯例的相对强度”)；S. Rosenne, 见前注 79, at 55 (“这种做法不必沿袭很长时期，然而必须审慎对待‘急忙’或兴之所至地设立习惯规则的主张。其实更需要确认的是，普遍观点都认为这种做法符合法律，是法律的要求，实际做法也与此相符”)。参见 M.P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments* (Cambridge University Press, 2013)。

¹⁸⁰ H. Meijers, 见前注 124, at 23-24 (主张“所有有可能受新规则管束的国家都必须获得反对制订该规则的机会”)。然见 G. Arangio-Ruiz, 见前注 17, at 100 (“特别是现在，一个国家的任何行动或忽视，刹那间全世界都能知道”)。

1. 要确立一项习惯国际法规则，有关惯例必须具有普遍性，就是说必须足够普及和有代表性。该惯例不必是普世的。
2. 惯例必须大体上是一贯的。
3. 只要惯例足够普遍和一贯，就不要求特定的存在时间。
4. 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。

六. 接受为法律

60. 形成和确定习惯国际法方面的第二个必要因素，即把“一般惯例”接受为法律，一般被称为法律确信(或“法律必要确信”)。习惯国际法的这一“主观要素”本质上是要求所涉惯例的动机是“一个观念，即认为……这种行动有法律可依”。¹⁸¹ 各国要“[相信]自己是在运用习惯国际法的一个强制性规则”，¹⁸² 或换言之，“[感到]依法必须……[实施相关行为]，理由是某个习惯法规则使它们有义务去这样做”。¹⁸³ 正是这种“内在观点”¹⁸⁴ 可能使行为规律形成法律规则，并使法律和非法律能够得到区分。¹⁸⁵ 正如 Chagla 法官所说，“……国际法下的习惯所要求的比[堆砌大量的实例]要多得多。使其外在表现形式得到证明并不够；同样重要的是，必须证明其中的精神或心理因素。使习惯有别于单纯的惯例或常例的正

¹⁸¹ M.O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942: a Treatise*(Macmillan, 1943), 609。

¹⁸² 北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第44页，第76段。

¹⁸³ 北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第44-45页，第78段。

¹⁸⁴ D. Bodansky, 见前注 136, at 109。

¹⁸⁵ 不伴随这样一种义务感的惯例无助于习惯国际法；另见北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第44页，第77段(“不仅有关行为必须构成既定做法，而且还必须是以特定形式进行，能证明这样一种信念：这一做法是由于存在着要求这样做的一种法律规则而具有强制性。这样一种信念的必要性，即一个主观因素的存在，正是暗含于法律必要确信的概念中”)；国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参与诉讼)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第99页，见第123页，第55段(“虽然各国有时可能会决定给予比国际法要求更广泛的豁免，但就当前目的而言，要点是这样一种案例中豁免的给予并不伴有必要的法律确信，因此无助于说明法院目前正在审议的问题”)；还见 H.W.A. Thirlway, 见前注 81, at 48 (“虽然法律确信的要求无疑在实践中引起了诸多问题……但无可否认的困难在于分辨已成为和未成为具约束力习惯法的常例……而不允许创建习惯过程中的心理因素通过迂回路径以另一名称溜回讨论之中”)。关于法律确信在防止通常无用的一般惯例成为习惯国际法方面的重要功能，见 C. Dahlgren, ‘The function of *opinio juris* in customary international law’, *Nordic Journal of International Law*, 81 (2012), 327-339. Villiger 曾指出：“此外，‘确信’尤其是用于区分对习惯规则的违反和随后对规则的修订——考虑到习惯国际法的动态本质，这样一种测试并非毫无意义。只要先前的‘确信’未被侵蚀，而新‘确信’未被确立，这种不同的做法仍是一种形式的持续或后续异议”(M.E. Villiger, 见前注 84, at 48)。

是这一极为重要的因素。在做某件事或在实行克制，不做某件事的时候，各方必须觉得他们是出于一种义务感而正在做或正在克制。他们必须将其视为某种与法律具有同等效力的东西……必须具有一种压倒一切的强制感——不是物质性的，而是法律性的强制感。¹⁸⁶

61. 其他行动动机。“接受为法律”应有别于一国在所涉惯例方面可能有的其他法律以外的考虑。因此，在确定一种习惯国际法规则是否存在时，应确定相关惯例的动机并非(仅仅是)“礼貌、睦邻和政治权宜”¹⁸⁷ 以及“便利或传统”¹⁸⁸ 等考虑。各国必须对一项规则给予尊重，将其视为“事关法律义务，而不是仅仅

¹⁸⁶ 印度领土过境权利案(案情实质)，1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第120页(Chagla法官的反对意见，提及当地做法但在此情况下依靠《国际法院规约》第31.1(b)条的一般性用语)。

¹⁸⁷ 哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950年11月20日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第285和286页(补充说：“便利或简单的政治权宜考虑似乎导致领土所属国承认庇护，而支配该决定的并非任何法律义务感”)；另见印度领土过境权利案(初步反对意见)，1957年11月26日判决书，《国际法院案例汇编》(1957)，第125页，见第177页(Chagla法官的反对意见，“[国家]必须更进一步并确定……[该惯例]的享有是……作为一种权利，而不是一种恩赐或让步”)；核试验(奥地利诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第253页，第45段。核试验案(澳大利亚诉法国)，《国际法院案例汇编》(1974)，第253页，见第305页(Petrón法官的个别意见)(“[不实施某种行为的动机必须]不是政治或经济上的考虑，而是这样一种信念，即……[该种行为是]习惯国际法所禁止”)；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第14页，见第109页(其中法院把“国际政策声明”与“对现有国际法规则的一种主张”进行了对比)；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，《国际法院案例汇编》(1952)，第176页，见第221页(Hackworth法官、Badawi法官、Levi Carneiro法官和Sir Benegal Rau法官的反对意见)(提到“主张常例至少是其权利的一个依据……[并因而]它因此不是一宗单纯的‘大度宽容’案”)；以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第226页，见第423-424页(Shahabuddeen法官的反对意见)(“还必须铭记，仅证明据称构成了国家惯例的作为或不作为并未消除解释这些作为或不作为的必要性。各国可能觉得现实使它们别无选择只能做它们所做之事的事实并不足以排除把它们所作所为归类为国家惯例的一部分，但条件是它们做它们所做之事是相信它们是出于一种义务感而采取行动……”)；2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第3页，见第145页(专案法官Van den Wyngaert的反对意见)(“国家的一种‘消极惯例’，即不提起刑事诉讼，本身并不能被视为法律确信的证据。弃权可由许多其他因素解释，例如礼貌、政治考虑、务实关切和缺少域外刑事管辖权。只有当这种弃权是基于有关国家的有意识决定，这种惯例才能产生习惯国际法”)；C. De Visscher，见前注166，at 149(各国政府重视区分它们自愿受其约束的习惯与单纯由权宜考虑支配因而缺乏具体法律推理的惯例。这通常是一种政治利益的事实并不是否认它意义的理由)。

¹⁸⁸ 北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第44页，第77段(有许多国际行为，例如在礼仪和礼宾方面，几乎总是得到实施，但其动机仅仅是出于礼貌、方便或传统的考虑，而不是出于任何法律责任感)；另见大陆架(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决书，《国际法院案例汇编》(1985)，第13页，见第69页(Sette-Camara副院长的个别意见)(“在支持距离原则时则可以援引政治和外交便利——但这很难算是法律必要确信”)。

是事关相互宽容或礼让”。¹⁸⁹ “接受为法律”也不能与社会或经济性质的考虑混为一谈，¹⁹⁰ 虽然这些考虑很可能存在，尤其是在一个惯例刚开始形成时。

62. (仅)以需要遵守条约(或其他习惯以外的)义务为动机的惯例也不可被视为显示“接受为法律”：¹⁹¹ 当一项条约的各缔约方采取行动履行其条约义务时，这一般并不表现出一种法律确信的存在。¹⁹² 相形之下，当国家依照一项对其(尚)

¹⁸⁹ 渔业管辖权(联合王国诉冰岛)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第3页，见第58页(Dillard法官的个别意见)。

¹⁹⁰ 另见北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第23页(其中法院说到海洋划界的等距方法：总之，也许的确可以说，没有什么其他划界方法具有同样的实际便利与适用确定性的结合。然而，这些因素本身并不足以把一种方法转换成一种法律规则，不足以在当事各方本来并不同意的所有案件中使得对应用该方法所产生结果的接受具有强制性……从法律上说，如果存在这样一种规则，它就必须从其他因素汲取其法律效力，而不仅仅是因为存在着这些好处，尽管这些好处可能也重要)；西南非案，第二阶段，判决书，《国际法院案例汇编》(1966)，第6页，见第34页(“人道主义考虑可能构成法律规则一个令人鼓舞的依据……但这种考虑本身并不构成法律规则。所有国家对于这类问题都有兴趣——有利益。但是，一种‘利益’的存在本身并不意味着这种利益专门具有法律性质”)。

¹⁹¹ 另见 O. Schachter, ‘Entangled Treaty and Custom’, in Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 717, 729; A. Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press, 2008), 81 (“如在‘北海’案中所确定，符合其他一些额外习惯规则的实践将不是习惯法律确信的独立证据”)。Baxter 指出了这种情况中的一个悖论，根据这个悖论，“随着对条约明确接受的增多，其实践与此有关的非缔约国的数目则会减少”(R.R. Baxter, ‘Treaties and Custom’, 129 *Recueil des Cours* (1970), 27, 73; 另见 R. Cryer, ‘Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study’, *Journal of Conflict and Security Law*, 11 (2006), 239, 244 (“在某些方面，与事先存在条约依据的规范有关的惯例比较难以评估，因为条约缔约方之间的惯例可归因于该条约的存在”)。

¹⁹² 例如，见北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第43页，第76段(“无论是单方面还是共同采取行动，有关国家中超过一半都是或很快成了《日内瓦公约》缔约国，因此可以推断，就它们而言，它们的行动是为了实际或潜在地应用公约。从它们的行动中根本无法合理推论出一项习惯国际法规则的存在……”)；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，《国际法院案例汇编》(1952)，第176页，见第199-200页(“在这整个期间[150年]，美国领事裁判权事实上都不是基于习惯和常例，而是基于条约权利……没有[存在]足够证据表明依照条约权利行使领事裁判权的国家还额外享有一种基于习惯和常例的独立权利”)；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第14页，见第531页(Jennings法官的反对意见)(“……显然难以从这些不是《宪章》缔约方的少数国家的行为中提取出关于这些事项的哪怕一丁点相关‘惯例’；而其他所有国家的行为及其本可证明的法律确信，肯定可以用它们受到了《宪章》本身的约束加以解释”)；与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，《国际法院案例汇编》(2012)，第422页，见第479页(Abraham法官的个别意见)(“这样一种做法并没有表现出存在一种法律确信，即认为在任何条约义务之外……还存在一种义务”)；检察官诉 Delalić, IT-96-21-T 号案件，判决书，(前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭)，1998年11月16日，第302段。美国最高法院也在 *Paquete Habana* 案(1900年)中提到了一种“独立于任何明确的条约或其他公共法”而存在的国际法规则：175 U.S. 677, 708; 另见 P. Tomka, 见前注 24, at 204 (“鉴于在通过一项编纂公约的整个进程中，都会有广泛的准备工作和明确评论

无约束力的条约采取行动或对那些并非该条约缔约方的国家采取行动时，则也许的确可以证明“接受为法律”的存在。¹⁹³ 一项条约的非缔约方，例如《联合国海洋法公约》的某些非缔约方，依照该条约所体现规则行事也可属于这种情况。¹⁹⁴

63. 当国家“可自由诉诸[一套不同的方法]以迁就其国家利益”时，通常无迹象表明存在着“以国家认识到所采用惯例具有强制性为基础的任何法律确信”。¹⁹⁵ 换言之，当国家可以挑选一种适合其具体国情的惯例(从而未承认某种特定惯例具有强制性)时，“这种国家惯例则不能成为形成任何一般性法律规则的理由”。¹⁹⁶

64. 一般是向有关国家寻求“接受为法律”的证据，其中包括实施所涉惯例的国家和有能力对该惯例作出回应的国家：“无论是那些采取这种行动的国家还是那些有能力对其作出反应的国家，其行为方式都必须使它们的行为可以证明这一信念：这种惯例是由于存在着要求将其付诸实施的法律规则而变得具有强制性”。¹⁹⁷ 在具有多个多边论坛的现代现实中，这种对所谓“个别法律确信”的探讨也许可以通过对“协调一致或普遍的法律确信”的探讨而得到补充或帮助，¹⁹⁸ 后一种

的机会，以及在通过时将有助于揭示这一问题的种种情形，在确定公约是否编纂了事先存在的一项法律规则方面，这通常将不会是一个问题”。

¹⁹³ 例如，见对哥伦比亚-秘鲁庇护案，1950年11月20日判决书中对委内瑞拉惯例的提及，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第370页(M. Caicedo Castilla 专案法官的反对意见)。

¹⁹⁴ 在国际法院秘鲁诉智利案中，秘鲁的代理人说：“秘鲁接受并应用反映在《[海洋法]公约》中的国际习惯海洋法”：海洋争端(秘鲁诉智利)，CR 2012/34，第43页，第10段(Wagner)。

¹⁹⁵ 北海大陆架，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第127页(Ammoun 法官的个别意见)。当然，除非规则本身允许若干个行动方案。

¹⁹⁶ 渔业案，1951年12月18日判决书，《国际法院案例汇编》(1951)，第116页，见第131页。

¹⁹⁷ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第14页，见第109页(引文从略)；另见印度领土过境权利案(案情实质)，1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第121页(Chagla 法官的反对意见) (“‘在义务的另一边必须有一个同样清晰的认识……’”)；巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第3页，见第315页(Ammoun 法官的个别意见) (“‘如果……采用或致力于实施这种惯例的国家和顺从于或经历了这种惯例的国家都认为这种惯例表达了两国中任何一个都不可逃避的法律义务的话，则这种惯例仅仅是有助于习惯规则的形成’”)；H. Thirlway，见前注38，at 70-71。相比之下，一些作者有时认为，最重要的主要是两组国家中任何一组的法律确信：关于‘接受国’的法律确信最重要的看法的一个例子，见K. Wolfke，见前注6，at 44, 47 (“‘就一个典型习惯而言，只要依据所涉案件的所有情况都应推定这种惯例被接受为法律就足够了，尤其是依据接受习惯规则约束的国家的态度和由此产生的行为……应当补充指出，关于行为国方面任何‘责任感’或‘信念’的要求甚至有点不合逻辑，因为具有法律重要性的只是其他国家对所涉惯例的反应，尤其是它们是否认为该惯例为法律所要求或得到法律的允许”)；I.C. MacGibbon，“Customary International Law and Acquiescence”，*British Yearbook of International Law*，33, 1957, 115, 126 (“‘该法律确信当然与习惯权利的形成有关，但仅仅是从受所涉权利的行使的影响的国家的角度来看是如此……’”)。

¹⁹⁸ 例如，见G.M. Danilenko，见前注139，at 102-107。

确信指的是，通过一批国家达成普遍共识来把某种惯例接受为法律(或相反)。¹⁹⁹ 这个办法很像对一些国家共同采用的惯例进行的检视，是一个方便的办法，可以更容易地判明国际社会成员对某种惯例的约束力是真地达成了一致，还是存在意见分歧。

65. 虽然关于“接受为法律”对于惯常实践转化为法律规则来说必不可少的理念可以追溯到古代，²⁰⁰ 但拉丁短语法律必要确信的起源却要近得多。这个用于主观因素的“技术名称”²⁰¹ 的字面意思是“对法律或必然的信念(或看法)”，²⁰² 通常简称为法律确信，这一事实很可能具有“其自身的意义。一般认为所要求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”。²⁰³

¹⁹⁹ 另见 Pellet, 见前注 17, at 819 (在指出“作为除惯例外的另一平行做法, [国际法院]通常将依赖于一个普遍的看法, 而不是各国的个别看法”时列举了若干案例); Jiménez de Aréchaga, 见前注 179, at 11 (“[国际法院]已寻求了各国的普遍共识, 而不是采取一种实在法学派的立场坚持要求严格证明被告国的同意”); P.B. Casella, ‘Contemporary trends on opinion juris and the material evidence of customary international law’, 在委员会举办的 2013 年阿马多纪念讲座(特别报告员可提供发言稿)发表(“法律确信不应再被视为某个或某些国家的一种个别意见, 而是现在被视为国际社会作为一个整体或其一大部分发出的集体声明”); J. Charney, ‘Remarks on the Contemporary Role of customary International Law’, *ASIL/NVIR Proceedings* (1995), 21 (“有些人认为, 个别国家必须选择把规范接受为法律。但显然, 只是国际社会要求接受, 而不是每一个个别国家和其他国际法人这样要求”)。在 *Nahimana 等人诉检察官* 案(卢旺达问题国际刑事法庭上诉分庭)中, 梅龙法官在他的部分反对意见中指出, 在“各国尚未形成共识时, 显然就没有习惯国际法规范”(ICTR-99-52-A 号案, 2007 年 11 月 28 日, 第 5-8 段); 另见以核武器进行威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 《国际法院案例汇编》(1996), 第 226 页, 见第 315 页(Schwebel 法官的反对意见)(“正如大会历次决议所示, 强烈的抗议和权利的保留……反而使法律确信无法产生或留存”)。

²⁰⁰ Crawford 提到了伊西多(约公元 540-636 年)的《词源》, 第五卷: 法律和时代, 第三章, 第 3-4 节, 其中说, “作为法律的习俗由道德习惯确立, 在没有成文法时, 这种习俗被接受为法律: 无论其存在于文字之中还是理性之中都没有区别, 因为理性也会服从于法律……习俗之所以被称之为此还因为它的通用”(J. Crawford, 见前注 37, at 26)。关于习惯国际法“额外成分”的“知识谱系”, 见 E. Kadens, E.A. Young, ‘How Customary Is Customary International Law?’, *William & Mary Law Review*, 54 (2013), 885-920。

²⁰¹ S. Rosenne, 见前注 79, at 55。

²⁰² Thirlway “根据其在法律中的应用”提出了以下翻译: “这种看法(或信念)是, 所涉及的是(或也许应当是)法律的或必然的一种要求”(H. Thirlway, 见前注 38, at 57)。

²⁰³ H. Thirlway, 见前注 38, at 78; 另见 L. Millán Moro, 见前注 38; R. Huesa Vinaixa, *El Nuevo Alcance de la “Opinio Juris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*(Tirant lo Blanch, 1991)。有人提出, 在习惯国际法方面, 法律确信除了通常赋予它的作用之外还另有一个作用, 例如, 见: *Cançado Trindade 法官的反对意见*, 载于国家的管辖豁免(德国诉意大利; 希腊参与诉讼), 判决书, 《国际法院案例汇编》(2012), 第 99 页, 见第 283 页, 第 290 段(“不应对法律确信追求一种非常限制的观点, 以免将其减缩为习惯的一个主观部件并使之远离法律的一般原则”)。

66. 令尝试阐释法律确信这个概念的含义和功能的一些学者感到难缠的不仅是它在语言上的不确定性和不明的起源,²⁰⁴ 而且还有与试图准确把握国家行为模式赖以取得法律效力的模糊进程有关的长期理论问题。²⁰⁵ 特别是, 一些学者还在这一主观要素到底是确实代表了国家的信念(或看法), 还是代表了它们的同意(或意愿)的问题上意见向左。²⁰⁶ 其他一些学者则讨论了法律确信的“悖论”, 即“恶性循环论证”, 其中提出这样一个问题: 如果相关惯例必须伴有关于此种惯例已是法律的信念, 那么习惯国际法的新规则岂能出现。²⁰⁷ 另有其他一些学者还问道, 国家究竟是否能够具有信念,²⁰⁸ 以及这种内在的动机是

²⁰⁴ 例如, 见 M. Mendelson, 见前注 124, at 194, 207 (“有人提出, 法律必要确信这个短语中的语言不一致性反映出它背后思想的某种不一致性……就其本身而言, [它]是一个来源不清楚和语义不确定的短语”)。

²⁰⁵ 另见 E. Kadens, E.A. Young, 见前注 200, at 907 (“习惯的中心问题涉及到把一个反复惯例转化为具约束力规范所必须的“额外成分”。我们历次讨论的一个核心教训是, 这一直是个核心问题”)。

²⁰⁶ 如一些学者所指出, 常设国际法院和国际法院都是既提到了意志这个概念, 也提到了信念这个概念(分别见: S.S.” Lotus” 案(法国/土耳其), 《常设国际法院判决书汇编》, A 辑, 第 10 号, 第 18 页; 北海大陆架, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1969), 第 3 页, 见第 44 页, 第 77 段)。关于协调这两种办法的尝试, 例如, 见《伦敦原则声明》, 见第 30 页 (“这两种办法有可能实现溶合或明显的一致, 办法是使用‘被接受’或‘被承认’为法律这类术语”); O. Elias, “The nature of the subjective element in customary international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 44, 501-520。

²⁰⁷ 例如, 见 H. Kelsen, ‘Théorie du droit international coutumier’, *Revue internationale de la théorie du droit*, X (1939), 253, 262-5, 转载于 C. Leben, *Hans Kelsen, Ecrits français de droit international* (Presses Universitaires de France, 2001), 61; 另见 H. Taki, ‘Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis’, *German Yearbook of International Law*, 51 (2008), 447, 450。(关于这一“悖论”的一些拟议解决办法, 见 T. Maluwa, ‘Custom, Authority and Law: Some Jurisprudential Perspectives on the Theory of Customary International Law’, *African Journal of International and Comparative Law*, 6 (1994), 387-410; A. Verdross, ‘Entstehungsweisen und Geltungsgrund des universellen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts’, *ZaöRV*, 29 (1969), 635-653; J. Tasioulas, ‘Opinio Juris and the Genesis of Custom: A Solution to the ‘Paradox’’, *Australian Yearbook of International Law*, 26 (2007), 199-205; D. Lefkowitz, ‘(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law: A Hartian Approach’, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 21 (2008), 129-148; A.A. D’Amato, 见前注 66, at 52-53; B.D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Implications*(Cambridge University Press, 2010), 112; O.A. Elias and C.L. Lim, *The Paradox of Consensualism in International Law*(The Hague, Kluwer Law International, 1998), 3-21。

²⁰⁸ 例如, 见 A. D’Amato, 见前注 83, at 471 (“一种拟人化的谬论认为, 我们称之为国家的实体可以‘相信’任何事情; 因此, 当人们试图描述国际法如何发挥作用及其内容如何可以得到证明时, 没有任何理由要求进行任何这种主观和完全不确定的测试”); B. Cheng, ‘Custom: The Future of General State Practice In a Divided World’, in R.St.J. Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory* (Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 513, 530 (“首先, 存在的问题是, 作为法律实体的

否有可能得到证明。²⁰⁹ 若干作者提出，法律确信应被理解为体现了伦理原则和道德，²¹⁰ 而另一些作者则否认这种考量在这方面的意义。²¹¹ 被一位作者称为“艰巨”²¹² 的这些学术辩论和其他一些辩论通常更广泛地反映了关于(国际)法律问题的更深层分歧。²¹³ 不过，习惯国际法的主观要素“在理论中比在

国家是否能够“思考”，但这是国际法中一个简单的归责事项。如果国家可以“采取行动”并通过其代理人“犯下违法行为”，那它们为何不能“思考”呢？难道它们的行为都是无意识的行为吗？接下来的问题是，我们真的可以确定一个人的思想吗，更别说一个法人的思想了？这是一个古老的难题。在法律上，人们不难确定“各方的意向”、“立法者的意图”、犯罪意图、“故意”以及日常的许多其他心理因素。在法律上，这些心理因素并不一定与事实相对应。按律师们的逻辑，这些心理因素完全可以从所言所行中推断出来。”。

²⁰⁹ M. Akehurst, 见前注 84, at 36 (“传统观点寻觅国家信念的证据；本笔者倾向于寻找国家信念的声明”); H. Taki, 见前注 207, at 447 (“解决‘证明问题’的一个可能手段是从某些外部现象(例如可观察的行为)推断行事个人的内在意识”); J.L. Slama, ‘Opinio juris in customary international law’, *Oklahoma City University Law Review*, 15(1990), 603, 656 (“一个国家的行动、明确声明、同意、默许、抗议或不抗议，都是能够体现法律确信的客观因素”）。

²¹⁰ 例如，见 R. Wolfrum, ‘Sources of International Law’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2012), para. 25 (“法律确信，即相信某一行为是国际法所规定或所允许的，其实是一种信念，即认为这种行为是正义、公平或合理的，因此是法律所要求的”）。

²¹¹ 例如，见 K. Skubiszewski, 见前注 84, at 838 (“一个国家或若干国家对一项权利的主张、其他国家容忍或接受前者有资格享有该种权利、对此种义务的服从——这些现象都是国家意见的证据，证明它们已从事实领域转入了法律境界。这里的权利和义务有严格和专门的法律内涵，而不是道德的、伦理的或者由礼貌或便利支配的含义。”); M. Akehurst, 见前注 84, at 37 (“声明某种东西具有道德强制性也许有助于创建国际道德规则；它不能帮助创建国际法律规则”）。

²¹² I.C. MacGibbon, 见前注 197, at 125。

²¹³ 另见 M. Mendelson, 见前注 124, at 177 (“争议持续如此之久得不到解决的一个原因是，不同理论的持有者都能在这个现象中找到他们想要看到的东西，从而加强了他们的先入之见”); K. Wolfke, 见前注 6, at 44 (“关于习惯的这一主观因素的意见差异与关于国际法一般而言是什么和关于该法所谓的‘约束力依据’的无休止争论密切结合”); J. Klabbbers, 见前注 128, at 180 (“也许更重要的是，习惯法这个观念本身引发各种辩论，不仅是因为这个概念的实用意义加上其固有的不确定性，而且是由于其尖锐的政治意义。政治价值观正是在通过国际法的各种渊源(而习惯仍列为该特定法律秩序两大来源之一)得到散布，这总体而言使渊源学说变得高度难以捉摸，难怪渊源学说继续引起辩论，而且也难怪辩论大都倾向于是方法论的性质”); D.P. Fidler, 见前注 168, at 199 (“与习惯国际法相关的问题说到底还是源自对国际关系的不同看法”)。许多困难和辩论是由于对主观因素的时间分析，也就是对其在一项规则的早期形成阶段而不是后来的出现和识别阶段的作用的分析：另见 A. Orakhelashvili, 见前注 191, 80-84。Cheng 的看法在此最具关联性：“与一个相当流行的观点相反，法律确信不一定是承认一个预先存在规则的约束性质，在这种情况下会出现预先存在规则本身的起源问题。在像国际法这样一个水平的法律体系中，立法者也是其中的主体，法律确信简言之就是主体/立法者在任何特定时刻接受为法律、接受为通行法律的观念……”：B. Cheng, ‘On the Nature and Sources of International Law’, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1988), 203, 223。

实践中造成的困难多”，²¹⁴ 书本中可能存在的理论煎熬很少阻碍实践中的应用。²¹⁵

67. 国际法院用多种表达方式谈及《规约》中“接受为法律”一词引进的主观因素。这些表达方式包括“感到有法律义务”；²¹⁶ “相信[所涉]惯例是由于存在要求实行该惯例的法律规则而具有强制性……[一种]法律责任感”；²¹⁷ “认为有必要”；²¹⁸ “相信有必要”；²¹⁹ “因为存在悠久的惯例而这样认为”；²²⁰ “一种……关于某项权利的……刻意的意图……一种反映出确信存在该权利的普遍意识”；²²¹ “普遍感到……[该惯例]具有强制性质”；²²² “确实感到受制于一

²¹⁴ H. W. Briggs, 见前注 174, at 730 (补充说“在确定[建立习惯国际法规则所要求的]这些因素或确定习惯国际法的创立或从非强制性惯例演化而来的方法和程序时涉及的理论困难, 通常会比下述事实得到更多关注, 即在一宗特定案件中, 法院在确定是否存在着一项适用习惯国际法规则时, 相对而言几乎没有什么困难”(at 729)); 另见《伦敦原则声明》, 第 30 页 (“……在实际的外交界, [国际习惯法中主观因素]这件事可能比在学术圈子的问题要少”); S. Yee, ‘The News that *Opinio Juris* “Is Not a Necessary Element of Customary [International] Law” Is Greatly Exaggerated’, *German Yearbook of International Law*, 43 (2000), 227, 230 (“总体而言, 法律确信的观念仍是在国际法学者和从业者中引起混乱的罪魁祸首, 但在法律理论家中情况可能更是如此”); C. De Visscher, 见前注 166, p. 149(脚注 29)(“……证明习惯的心理因素的存在并不构成有时一些人声称的那种不可逾越的困难”); E. Jiménez de Aréchaga, 见前注 179, at 24 (在提到关于具体案件中难以取得法律确信的存在的证据这一论点时说, “这种困难可能有点被夸大了”); H.W.A. Thirlway, 见前注 81, at 47 (“法律确信的精确定义, 习惯形成过程中的心理因素, 把累积常例的惯性质量变成具有约束力的法律规则的哲学家点石成金术, 可能比各国就所说的习惯之依据提出的受到质疑的全部主张加在一起所导致的学术分歧还要多”); I. Brownlie, 见前注 121, at 21 (“在实践中, 证明问题所产生的困难没有作者们预期的那么多”); *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), §102, reporter’s note 2 (“概念上最麻烦的是这样一种循环性, 即认为法律是由以法律义务感为基础的惯例建立的……不过, 这种概念困难并未妨碍基本上按照此处的定义对习惯法予以接受”)

²¹⁵ 一种论点认为, 关于习惯国际法应当有或可以有什么要求这类问题的纯理论探讨, 并不改变法律。关于这种论点, 见 J. Kammerhofer, ‘Law-making by Scholars’, in Y. Radi, C. Brölmann (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law-Making* (Edward Elgar, 即将发表)。

²¹⁶ 哥伦比亚-秘鲁的庇护权案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1950), 第 266 页, 见第 286 页。

²¹⁷ 北海大陆架案判决书, 《国际法院案例汇编》(1969), 第 3 页, 见第 44 页, 第 77 段。

²¹⁸ 在印度领土上的通行权案(案情实质)1960 年 4 月 12 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1960)第 6 页, 见第 60 页(顾维钧法官的个别意见)。

²¹⁹ 同上, 见第 121 页(查格拉法官的反对意见)。

²²⁰ 同上, 见第 82 页(法官阿曼德-乌根的反对意见)。

²²¹ 同上。

²²² 哥伦比亚-秘鲁的庇护权案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1950), 第 266 页, 见第 370 页(凯西多·卡斯蒂利亚法官的反对意见)。

项法律义务”或“感到该规则具有约束性质”；²²³ “确信他们[当事方]是在适用法律”；²²⁴ “[各国]在心中予以确信，并且是依法确信，以致已经……将这种惯例作为一条法律规则接受，从此再也无法规避其适用”。²²⁵ 其他法院和法庭以及国家在谈及习惯国际法的这种“心理”/“定性”/“非物质”/“态度”要求时，也都使用丰富多彩的词汇。²²⁶ 但一般来说，凡此种种似乎都表达一个共同的意思：各国认为自身的行为或其他国家的行为符合习惯国际法。“相信、默许、默示承认、同意都有一个共同点，即都表示国家参照国际法对自身行为或其他国家行为的主观态度”。²²⁷

68. 因此，构成习惯国际法的所谓“主观要素”指的是以下这一要求：所涉惯例“的产生方式表明，人们普遍承认其中涉及[习惯国际]法或法律义务”。²²⁸ 毫无疑问，在提到这一点时，法律确信一词已成为既定的表达方式，²²⁹ 但有人提议“接受为法律”的说法也许更好。²³⁰ 国际法院援引《规约》的措辞，在通行权

²²³ 北海大陆架案判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第104、130页(阿蒙法官的个别意见)。

²²⁴ 在印度领土上的通行权案(案情实质)1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第90页(莫雷诺·昆塔纳法官的反对意见)。

²²⁵ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案判决书《国际法院案例汇编》(1970)，第3页，见第306页(阿蒙法官的个别意见)。

²²⁶ 例如见美国UPS快递公司诉加拿大政府案(贸易法委员会，2002年11月22日裁决书)，第97段(“义务感”)；柬埔寨法院特别法庭预审庭，刑事案件编号002/19-09-2007-EEEC/OICJ(PTC38)，就针对共同侦查法官关于共同犯罪事业(JCE)的命令提出的上诉所作裁决，2010年5月20日，第53段(“……法律确信，意思是国家的言行代表法律”)；另见秘书处的备忘录，见第17和18页(“委员会往往把主观要素的特征定为各国对某项强制性规则的存在或不存在所具有的感觉。……在某些情况下，委员会在提及主观要素时采用了不同的术语……”(引述省略))。

²²⁷ R. Müllerson, 见前注85, at 163; 另见 H. Waldock, ‘General Course on Public International Law’, 106 *Recueil des Cours* (1962), 49 (“……[确定习惯国际法规则]的最终检验标准永远必须是：‘该惯例是否已被接受为法律?’ 这在国际社会中尤其如此，其中参与形成惯例的都是主权国家，是国际社会中的决策者和立法者。他们承认该惯例为法律便是习惯法非常直接的重要依据”)。

²²⁸ 北海大陆架案判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第43页，第74段。另见 K. Wolfke, 见前注6, at 44 (“这种惯例必须使人有足够的依据至少推断所涉国家已认可该惯例具有法律约束力”)。

²²⁹ Crawford 写道：“或许令人遗憾地”是如此：J. Crawford, 见前注37, at 25; Wolfke 说这一拉丁术语“依然使用广泛，但令人误解”。他解释说，“产生误解是因为在法律学说史上具有确切意思的这一术语被现代作者甚至曾见[国际]法院用作不同的意思或含义”；K. Wolfke, 见前注6, 45-46。但见 R. Müllerson, 见前注85, at 164 (“根据具体情况，我们可以说意愿、同意、共识、相信、默认、明言、不容反悔甚或别的词。但由于法律确信一词已经在国际法律实践和文献中根深蒂固，试图抛弃它是不明智的”)。

²³⁰ 另见 I.C. MacGibbon, 见前注197, at 129 (“与‘法律确信’一词相比较，]无论从行使权利的角度还是从履行义务的角度看，‘接受为法律’这一短语也许容许作出更能准确反映从实践或常例到惯例这些实际过程的意思解释”)；C. Santulli, 见前注37, at 50 (“《国际法院规约》在第三十八条中认为惯例是已被‘接受’的实践。于是规约打破了热衷于将必要的法律确信作为服

一案中使用了该措辞。那是法院详细阐述确定习惯国际法方式的最初案件之一。当时法院认定，“鉴于该案件的所有具体情况，[法院]确信该惯例已被接受为法律”。²³¹ 使用《规约》的这一措施极大地有助于克服上文提到的法律确信‘悖论’。

69. 提出结论草案如下：

结论草案 10

“接受为法律”的作用

1. 关于一般惯例须被接受为法律的要求作为习惯国际法的一个要素，意味着所涉惯例必须伴有一种法律义务感。

2. “接受为法律”是区别习惯国际法规则与单纯习惯或常例的分水岭。

70. 证明“接受为法律”。为了确认习惯国际法的规则，必须能够识别某惯例背后的动机：“只有将确信这一概念客观化，才能使其对区别‘有法律约束力的’习惯和无法律约束力的‘常例’这一困难任务具有实际意义”。²³² 实践中的确是通过国家的各种有关行为表明已经接受惯例为法律，或根据这些行为作此推断。因此，一些惯例本身即可是法律确信的证据，或换言之对证明必要惯例及其已被“接受为法律”都有相关意义。²³³ 在这个意义上，“无论国家做什么……

从法律规则的‘觉悟’这一传统”); A. Pellet, 见前注 17, at 819 (提到第三十八条第一项(丑)款的起草工作, 并提到法院的实践, 当时他表示, “‘公认含义’并非一定限于各国意愿, 而是限于‘接受’, 对后者的解释可以不那么严格”); K. Skubiszewski, 见前注 84, at 839-840.

²³¹ 在印度领土上的通行权案(案情实质)1960年4月12日判决书,《国际法院案例汇编》(1960), 第6页, 见第40页(“这种惯例持续了125年, 没有因印度独立所涉领土发生政权变更而受到影响。考虑到该案件的所有具体情况, 法院认定, 当事国已将此惯例接受为法律, 并已形成权利和相关义务”)

²³² J.L. Slama, 见前注 209, at 656. 另见 M.E. Villiger, 见前注 84, at 48.

²³³ 另见缅甸湾区域海洋边界划界案判决书,《国际法院案例汇编》(1984), 第246页, 见第299页(“检验国家法律确信中存在[惯例法规则]可采用的方法是在分析足够广泛而令人信服的实践基础上进行归纳, 而不是用已有的先入之见进行推论”); 核试验案(澳大利亚诉法国)判决书,《国际法院案例汇编》(1974), 第253页, 见第305页(皮特里恩法官的个别意见)(“那些[已经进行大气层核试验]的国家的行为证明, 其政府并不认为习惯国际法禁止大气层核试验”); 2000年4月11日的逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)判决书,《国际法院案例汇编》(2002), 第3页, 见第147页(专案法官范登·温加尔特的反对意见); E. Jiménez de Aréchaga, 见前注 179, at 24 (“大量称之为国家惯例物质要件的内容其本身就含有主观要素, 是法律确信的表示”); M. Bos, 见前注 144, at 30 (“大体而言, 可以说, 国家惯例范畴内的任何东西都可以作为‘接受为法律的一般惯例’”); J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (Routledge, 2010), 63 (“从某种意义上说, 国家做或不做的所有事都可归为‘国家

都是国家实践，其中有两个层面或方面：一是国家(或国际法的其他主体)显而易见的行为，二是国家对这种行为的主观态度。这种态度或隐含在所涉行动或行为中，或通过进而构成另一种国家惯例的其他行动或行为传达给其他国家”。²³⁴ 无论如何，法院或法庭都应该实际区分这两个要素。这很重要。

71. 如何确定“接受为法律”的证据可取决于规则的性质和适用规则的具体情况。例如，可以区别主张法律权利的情况与承认法律义务的情况，并区别由“实际”行动构成的惯例和言论构成的惯例。

72. 仅仅遵守声称的规则通常并不足以构成法律确信的证据：“这种常例不一定能够证明行为体认为自己具有法律义务”。²³⁵ 用国际法院的话说，“以某种方式行事，或同意以某种方式行事，本身并不能表明任何法律性质的事”。²³⁶

实践’，因为他们的行为就是其作为。但更广义地说，国家行为也是我们的唯一指导，从中可了解他们愿意或相信什么是法律”); M. Koskenniemi, ‘Theory: Implications for the Practitioner’, in *Theory and International Law: An Introduction* (The British Institute of International and Comparative Law, 1991), 3, 15 (“在法律实践中，没有一种确定有或没有主观要素的方法可以与认定一贯遵守行为分道扬镳”); B. Conforti, B. Labella, 见前注 52, at 320(“主观要素……将许多不同类型的国家行为维系在一起”); K. Zemanek, 见前注 77, 292-293 (“将记录‘国家惯例’的材料与记录法律确信的材料区别开来虽然理论上可取，但实际上并不可能，因为第一个的措辞可以佐证第二个”); H. Thirlway, 见前注 38, at 58, 62, 70(“由于法律确信是一种心境，显然难以如此描述一个实体，诸如国家；因此，必须从国家的言行中推导，尤其是据称构成习惯的‘实践’要素”)。

²³⁴ R. Müllerson, 见前注 84, at 344。例如，国际法院也提到“说明信念的实践”(在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国案),案情实质,判决书,《国际法院案例汇编》(1986),第 14 页,见第 108 页,第 206 段)。但见 M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*(Cambridge University Press, 2005), 388(“我们不能看着国家的外在行为就想当然地推断国家的意愿或信念——惯例的存在或不存在。我们只有首先了解‘内在的一面’——即国家本身如何理解其行为,才能确定行为的规范意义……关于习惯法的学说因为循环论证而无确定性。这种学说推定行为是法律确信的证据,而后者又是哪个行为构成惯例的证据”)。

²³⁵ A.M. Weisburd, 见前注 67, at 9; 另见一国在武装冲突中使用核武器的合法性,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1996),第 226 页,见第 423-424 页(沙哈布丁法官的反对意见)(“还必须铭记,单纯证明据说构成国家惯例的行为或不行为并非就不再需要解释这种行为或不行为。国家也许感到现实情况使他们不得不这样做。但这一事实并不足以将他们的所作所为排除在国家惯例之外,除非他们这样做是因为相信他们是出于法律义务感行事”)。

²³⁶ 北海大陆架案判决书,《国际法院案例汇编》(1969),第 3 页,见第 44 页,第 76 段。

73. 同样，虽然一些人提出，大量的一致行动，²³⁷ 或这种情况已经出现相当长时间的事实²³⁸ 便足以确认法律确信的存在，其实不然。尽管这些事实的确可以促使各国将惯例接受为法律，²³⁹ 但其本身并不体现这种接受。如国际法院所述，“即便这种行为……比其实际出现的次数多得多，但即使将它们合在一起，其本身也不足以构成法律确信……。频繁程度，甚或行为所具有的习惯性，本身都是不够的”。²⁴⁰

74. 因此，通常不应以声称是习惯国际法规定的实践本身作为“接受为法律”的证明。而且，这还要求同一行为不得在具体案件中既作为惯例证据，又作为证明已接受这种惯例为法律的证据。²⁴¹ 对“无实际行动”的惯例适用这一规则还可保证抽象的声明本身不会制造法律。²⁴²

²³⁷ 例如见哥伦比亚-秘鲁的庇护权案，1950年11月20日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第336页(阿泽维多法官的反对意见)(“一致的案件以其数量就将能明确显示法律确信”)；葡萄牙在通行权一案中争辩说，“宣称[国家实践]的统一一致并不证明确信存在法律义务(必要的法律确信的)不可能的”(在印度领土上的通行权案(案情实质)1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第11页)；H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*(Stevens, 1958), 380(“除非司法活动将使国际法规则最强有力的源泉即国家行为的法律意义减弱，否则关于这一问题的最准确的原则似乎是将政府所有的一致行为(或在适当情况下将不作为)视为必要法律确信的证据，除了所涉行为显示并无任何此种意图的情况外”)，在北海大陆架案判决中赞同地援引，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第246-247页(索伦森法官的反对意见)。

²³⁸ 在印度领土上的通行权案(案情实质)1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第83页(阿曼德-乌根法官的反对意见)(“长年目睹存在的事实……便具有了约束力，获得了法律规则的特点”)。

²³⁹ 例如见在印度领土上的权案(案情实质)1960年4月12日判决书，《国际法院案例汇编》(1960)，第6页，见第40页(“这种惯例持续了125年，没有因印度独立所涉领土发生政权变更而受到影响。考虑到该案件的所有具体情况，法院认定，当事国已将此惯例接受为法律，并已形成权利和相关义务”)；第82页(阿曼德-乌根法官的反对意见)(“长时间地持续重复某种行动并不削弱该条的使用；反而强化它；在行动和批准该行动的国家意愿之间形成一种关系。这些行动如此长时间地反复出现便使采取该行动的国家忍受该行动的国家双方都因这一由来已久的惯例而产生这方面的一种信念(《法院规约》第三十八条第一项(丑)款”)。

²⁴⁰ 北海大陆架案判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第3页，见第44页，第77段。另见S.S. “Lotus”案(法国/土耳其)，《常设国际法院判决书汇编》，A辑，第10号，第28页；柬埔寨法院特别法庭预审庭，刑事案件编号002/19-09-2007-EEEC/OICJ(PTC38)，就针对共同侦查法官关于共同犯罪事业(JCE)的命令提出的上诉所作的裁决，2010年5月20日，第53段(“……法律确信，意思是国家的言行代表法律”)。另见《秘书处的备忘录》，见第17、18页(“众多的国家惯例通常并非就意味着可以推定存在法律确信”(引述省略)。

²⁴¹ 另见M.H. Mendelson，见前注71，at 206-207(“但必须避免的是将同一行为既作为主观要素，又作为客观要素。如果坚持‘主流’观点，即两种要素都必须存在，特别是主观要素要伴随着‘实际’的实践，则就必然不可以将某项声明既作为行动又作为信念(或意愿)的表示”)；M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*(Cambridge University Press, 1999), 136-141。

²⁴² 另见M.E. Villiger，见前注84，at 19(“由于这种担心[即某个机构或会议可以通过国家代表的抽象声明而‘造’法不无道理，我们或许可以首先设法综合各项观点，先从Read法官的论点着手，即‘权利主张可以是重要的出发点’。显然，形成习惯法的条件不是单个实践和某次的

75. “接受为法律”的表现形式。“肯定存在确信虽然是一件难事，但还是可行的(而且现代的起草流程框架大大减轻了这一困难程度)”。²⁴³ 首先，一国如果明确声明某项规则作为习惯国际法而具有强制性，便提供了“最明确的证据”，说明它“相信自己受制于某项原则或规则，或相信自己从现在起就将遵守某项原则或规则”。²⁴⁴ 反之，当一国表示某惯例不是习惯国际法的规则时，就证明不存在法律确信。国家关于存在(或不存)(习惯)国际法规定的权利和义务的这种断言可以采取以下形式及其他形式：政府和该政府某位部长的官方声明、²⁴⁵ 提交法院和法庭的权利主张和诉讼案情摘要、政府提请议会提出立法草案的送文函、²⁴⁶ 国家通过正式文件发表的联合声明、或在编纂会议或联合国辩论等多边会议上的发言。²⁴⁷ 值得特别指出的是，外交抗议“可以而且常常表明提出抗议的国家对关于所涉事项的法律持有的看法：因此可成为接受某一惯例为法律的证据”。²⁴⁸

几个实践就能制造法律的。而需要一系列符合条件的实践，如果没有一致和一贯的惯例，会上的声明就会变得毫无价值。但同样显然的是，这些条件本身就是充分的保障，因担心立即会成为习惯法而对单个实践附加更多的条件几乎没有必要”(引文从略)。

²⁴³ M.E. Villiger, 见前注 84, at 50.

²⁴⁴ L.B. Sohn, 见前注 179, at 235; 例如另见国家的司法管辖豁免(德国诉意大利; 希腊参加诉讼)判决书,《国际法院案例汇编》(2012), 第 99 页, 见第 122-123 页, 第 55 段; M.E. Villiger, 见前注 84, at 50(“一国明确声明某一规则为强制性(或惯例法, 或成文法)就是说明国家法律确信的明确证据”)。

²⁴⁵ 例如见哥伦比亚-秘鲁的庇护权案, 1950 年 11 月 20 日判决书,《国际法院案例汇编》(1950), 第 266 页, 见第 367 页(专案法官凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见); 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果, 咨询意见,《国际法院案例汇编》(1971), 第 16 页, 见第 74-75 页(阿蒙法官的个别意见); 检察官诉 Duško Tadić, 案件编号: IT-94-I-T, 对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭), 1995 年 10 月 2 日, 第 100、105、113-114 和 120-122 段。

²⁴⁶ 另见 *Mondev 国际有限公司诉美利坚合众国案*, 裁决书(解决投资争端国际中心), 2002 年 10 月 11 日, 第 111 段(“签署国政府在批准或执行条约过程中是否对本国立法作出解释可构成解释条约的部分准备性文件, 定能说明该国的宗旨及其对条约采取的态度, 因此可以成为法律确信的证据”)。

²⁴⁷ 例如, 见对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留, 咨询意见:《国际法院案例汇编》(1951), 第 15 页, 见第 26 页; 捕鱼管辖权案(联合王国诉冰岛), 案情实质, 判决书,《国际法院案例汇编》(1974), 第 3 页, 见第 48 页(福斯特、本格宗、希门尼斯·德阿雷查加、纳格德拉·辛格和鲁达的联合个别意见)(“在一个实践相互矛盾且缺乏准确性的问题上, 是否可能而且理当完全将种种从各国对举行或筹备关于该问题的法律编撰和逐步发展会议所采取的立场中总结的各国准备提出和默认什么的证据作为不相干的内容抛弃? ……至少可以说…这种宣告和声明以及国家代表提交的书面提案对于确定这些国家对捕鱼管辖权法的看法及其对习惯国际法管理的某个问题所持的法律确信具有重要意义”);《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)判决书,《国际法院案例汇编》(2007), 第 43 页, 见第 329 页(通卡法官的个别意见); E. 见前注 179, at 14 and 24(“甚至在通过公约之前并与公约无关的是, 全权代表会议本身的审议就可在国家之间产生共识。这一共识加上随后的真正实践, 便形成一个惯例…当一个国家参加联合国主持下的国际法编撰和逐步发展进程时, 明确表达或暗示其法律确信尤其重要, 而且是常见的”)。

²⁴⁸ I.C. MacGibbon, 见前注 197, at 124.

76. 根据具体情况，并考虑到“对典型惯例而言，充分条件是，在所涉案件的全部具体情况中，首先是在将受有关习惯规则约束的接受国的态度、由此还有行为中，该惯例都被接受为法律”，²⁴⁹ 还可从许多其他实践中找到“接受为法律”(或没有接受为法律)的证据。²⁵⁰ 如惯例的清单一样(见上文第 41 段)，下列清单并非详尽无遗，只是为了表明可以在哪类材料中找到这一主观要素：

(a) 政府间(外交)通信，²⁵¹ 诸如某外交使团给派驻国外交部的备忘录，²⁵² 或两国之间的照会往来。在此需要根据背景认真分析使用的措辞，以确定该国是否就存在某一法律规则的事发表见解。

(b) 国内法院的判例²⁵³ 是法律义务感的明确体现。但必须慎重，因为“也许很难区别……这种法律义务感是来自国际法、国内法、还是来自国家对国际法的自行解释”。²⁵⁴ 只有当这些判决适用所涉规则的方式表明根据习惯国际法的要求接受该规则时(主要通过推理)，它们才可成为“接受为法律”的相关证据。

(c) 政府法律顾问表示某事符合或不符习惯国际法的意见，²⁵⁵ 而且政府已认为这种意见出于法律规定而予以接受。²⁵⁶

²⁴⁹ 另见秘书处的备忘录，第 21-22 页(“委员会在为确认某项习惯国际法规则的目的而评估主观要素时，依据了各种材料”)；*Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987)，§102, comment (c) (“法律义务感的明确证据(例如官方声明)并无必要；可以从行动或不行动中推定法律确信”)。

²⁵⁰ K. Wolfke, 见前注 6, at 44。

²⁵¹ 例如见渔业案, 1951 年 12 月 18 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1951), 第 116 页, 见第 135-136 页; 在印度领土上的通行权案(案情实质)1960 年 4 月 12 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1960), 第 6 页, 见第 42 页。

²⁵² 例如见哥伦比亚-秘鲁的庇护权案, 1950 年 11 月 20 日判决书, 《国际法院案例汇编》(1950), 第 266 页, 见第 371 页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见)。

²⁵³ 例如, 见国家的司法管辖豁免案(德国诉意大利; 希腊参加诉讼)判决书, 《国际法院案例汇编》(2012), 第 99 页, 见第 135 页, 第 77 段(“国家采取的立场和若干国内法院的判例显示了”主观要素, “其中明确表明它们认为习惯国际法要求豁免”); 2000 年 4 月 11 日的逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)判决书, 《国际法院案例汇编》(2002), 第 3 页, 见第 76 页(希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个别意见); 黎巴嫩问题特别法庭, 案件编号 STL-11-01/I, 关于适用法律的中间决定: 恐怖主义、共谋、杀人、犯罪、加重指控的决定(上诉分庭), 2011 年 2 月 16 日, 第 100 段。

²⁵⁴ P.M. Moremen, 见前注 112, at 274; 另见 2000 年 4 月 11 日的逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)判决书, 《国际法院案例汇编》(2002), 第 3 页, 见第 171-172 页(专案法官范登·温加尔特的反对意见)(“即便国内法要求被告在场,也并非一定表示认为这是国际法要求的法律确信。理解国家裁决需十分谨慎”)。Hmoud 先生在去年发言时也强调了这一点。他说, 国内的司法裁决是重要的资料来源, 但必须认真审视, 因为国内法庭通常实行本国内部的法律程序, 在确定习惯国际法规则方面并不一定很有经验或资源充足(第 3183 次会议, 2013 年 7 月 19 日)。

²⁵⁵ 例如见检察官诉 Duško Tadić, 案件编号: IT-98-29-A, 判决书(前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭), 2006 年 11 月 30 日, 第 89 段。

²⁵⁶ 的确, 应该铭记, 这种观点并不一定成为国家的观点, 而且有时正如委员会之前曾考虑的, “法律顾问必须致力于执行政策”(《1950 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 372 页, 并补充说, “转载这种意见也无多大价值, 除非同时对咨询意见所针对的具体起因的来龙去脉进行适当的分析”)。

(d) 国际法领域的正式出版物，诸如军事手册或给外交官的指令。

(e) 国家官员的内部备忘录，诸如外交部给外交官的指令。²⁵⁷

(f) 条约(及其准备工作材料)也有可能表明存在“接受为法律”的情况，²⁵⁸ 因为“公约仍然是各国人民司法良知的一个非常重要的表现形式”。²⁵⁹ 就本文目的而言，这种司法意识(关于公约全文或其中某些规定)必须存在于条约之外，而不仅存在于条约之内：条约如要成为法律确信的证据，必须向无论是否为缔约方的各国(和国际组织)表明，条约所列举的规则无论有没有条约，对于它们都是具有约束力的法律规则。²⁶⁰ 当一项条约的意图是明确或隐含地宣示习惯国际法时，²⁶¹ 很可能就是这种情况：“条约清楚地表明各国[条约缔约国]的意愿，而没

²⁵⁷ 例如见哥伦比亚-秘鲁的庇护权案，1950年11月20日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第372页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见)。

²⁵⁸ 另见 *Camuzzi International 公司诉阿根廷共和国案*(解决投资争端国际中心，关于反对管辖权的裁判，2005年5月11日)，第144段(“国际法中不存在任何障碍来阻止各国通过条约表达意愿，并同时表达惯例和在满足条件的情况下表达产生习惯规则所需的法律确信。”)；哥伦比亚和秘鲁庇护案，1950年11月20日判决书，《国际法院案例汇编》(1950)，第266页，见第369-370页(凯西多·卡斯蒂利亚的反对意见)。(“玻利瓦尔协定的这一条款对于庇护事项有着特殊的意义。即该条款表明在哥伦比亚和秘鲁存在着一种习惯所需的因素之一——心理因素——法律必要确信。玻利瓦尔协定承认庇护，承认在美洲适用的原则的价值；因此，它包括这些具有约束力的原则。所以，各国政府或一国政府接受这些条款，意味着该国政府接受它们为‘法律’，也就是说，它们是适用的法律。这是一个至关重要的问题，因为习惯的心理因素始终是如此难之证明，在此则完全得到证实”)；检察官诉 *Fofana 和 Kondewa 案*，第 SCSL-04-14-A 号案件，判决书(塞拉利昂问题特别法庭的上诉分庭)，2008年5月28日，第403段)；*Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal*(阿根廷最高法院)，causa N°24.079C，11 July 2007，para. III-A(国家检察官的简报)；柬埔寨法院特别法庭(最高法院分庭)的上诉判决书，第001/18-07-2007-ECCC/SC 号案，2012年2月3日，第94段。

²⁵⁹ 渔业案，1951年12月18日判决书：《国际法院案例汇编》(1951)，第116页，见第148页(阿尔瓦雷斯法官的个人意见)；另见 A.T. Guzman, T.L. Meyer, ‘Customary International Law in the 21st Century’, in R.A. Miller, R.M. Bratpies, *Progress in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 207 (“将条约视为习惯国际法的证据仍然是一种宝贵的做法……因为条约可发出可信的信息，表明各国将哪些规则视为对非缔约国具有约束力”)。

²⁶⁰ 应当铭记，正如 Weisburd 认为，“这并不意味着，缔结一项条约必然意味着法律确信，即双方认为，条约的规定将在条约之外对它们具有约束力”(A.M. Weisburd, 见前注 67, at 24)。当然，条约可以成为国际习惯法的证明材料或有助于国际习惯法的形成，不仅是关于这些条约所载的规则，而且是关于条约习惯法。

²⁶¹ 如 Baxter 所作的解释，“宣示性条约最容易通过相关的明确声明加以确定，通常在文书的序言部分中申明，但其性质也可以从条约的筹备工作及其起草历史加以确定”：R.R. Baxter, 见前注 191, at 56；另见 K. Wolfke, 见前注 119, at 36 (“如果一项条约明确甚至是间接地承认现有的习惯规则，这种承认是相关习惯规则的更多证据”)。Weisburd 说得对，“尽管这类声明[条约是宣示习惯]没有准确说明截至缔结条约时的法律状况，它仍然相当于条约缔约国明确承认它们将受条约规则的法律约束，即使条约尚不存在”：A.M. Weisburd, 见前注 67, at 23。然而，重要的是，“在确定编纂公约所载的一项新规则是否可被视为表达一种现有或新出现的习惯法规则时，如果可以，在何种程度上可被视为这种表达时必须考虑到的复杂因素……。任何此类规则必须在上下文中并根据通过规则时的情况加以分析。它还必须在快速发展的国家惯例的

有为证明国际法现状所通常采用的拼凑国家惯例的证据而产生的模棱两可之处和不一致之处。”²⁶² 换言之，当各国同意(在条约内或在达成条约的谈判中，或在通过条约时或之后)，条约或其中某些条款宣布了现有的习惯国际法，这种同意便可以作为“接受为法律”的明确证据。²⁶³ 然而，“对条约所整合的关于缔约国惯例的证据，必须根据国际习惯法的正常证明程序，与所有其他[一致和不一致的]国际习惯法证据进行比较，加以权衡”，特别是与“申明国以往的惯例或声明”相比较。²⁶⁴ 有关国家是否确实已经签署和/或批准条约，而且缔约国是否有能力对条约的条款作出保留，可能也与评估是否存在法律确信有关，²⁶⁵ 但这些考虑因素并不一定意味着缺乏法律确信，因为习惯和条约可能相互独立共存。²⁶⁶ 在

背景下作为新规则加以看待”(I. Sinclair, 'The Impact of the Unratified Codification Convention', in A. Bos, H. Siblesz (eds.), *Realism in Law-Making: Essays on International Law In Honour of Willem Riphagen* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 211, 220)。

²⁶² R.R. Baxter, 见前注 191, at 36。

²⁶³ 另见 A.M. Weisburd, 见前注 67, at 25 “如果缔约国在条约案文和法律确信中明确否认条约规则在文书之外的法律地位[即条约宣布缔约国签订纯粹是一种善意], 那么, 这项条约则不是法律确信的证据。这是缔约国的看法问题之一。但假如确信是关键问题, 那么, 如果条约载有其他证据表明, 除了对条约而言之外, 缔约国将不会将条约规则视为具有约束力, 该条约可否承认法律确信, 即使没有明确声明这种说法。这并不是说这些条约是没有约束力的条约, 或者说在条约中对法律确信的这种否认, 将排除在条约之外出现一项关于该主题的习惯规则的可能性。这只是说, 不能认为这项条约本身是它所确立的规则作为习惯法地位的证据”。

²⁶⁴ R.R. Baxter, 见前注 191, at 43, 44; 另见 G.M. Danilenko, 见前注 139, at 154 (“应该强调指出的是, 编纂公约, 即使是那些明确指出它们体现了现有习惯法的编纂公约, 决不能被作为习惯法的确凿证据”)。正如法院在一个不同的背景下指出, “……在习惯国际法领域中, 缔约国对它们认为是规则内容的共同看法是不够的。法院必须确定各国法律确信中存在的规则得到惯例的证实”: 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国), Merits, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1986), 第 14 页, 见第 98 页, 第 184 段。

²⁶⁵ 例如, 见北海大陆架案的判决书。《国际法院案例汇编》(1969), 第 3 页, 见 38-39 页, 第 63 段和第 42 页, 第 72 段; 也见第 130 页(阿蒙法官的个别意见)(“使[一项条约规定]的执行听从于保留内权力, 意味着公约签署国不认为法律必要确信。后者需要意识到法规具有约束力, 但不言而喻的是, 如果保留不实施法规的权利, 则不能认为一项法规具有约束力”); 另见核试验案(澳大利亚诉法国), 判决书, 《国际法院案例汇编》(1974), 第 253 页, 见第 305 页(彼得伦法官的个别意见)(认为签署国通过一项允许废止的条约, “表明它们仍然认为, 习惯国际法没有禁止[条约所列举的义务]”); Nahimana 等人诉检察官案(案件编号 ICTR-99-52-A, 判决书(卢旺达问题国际刑事法庭的上诉分庭), 2007 年 11 月 28 日(梅龙法官的部分反对意见), 第 5 段(“保留意见的数目和范围表明, 国际社会对是否禁止或是否应当禁止单纯的仇恨言论的问题仍然存在深刻分歧, 表明《消除一切形式种族歧视国际公约》第 4 条和《公民权利和政治权利国际公约》第 20 条并不反映既定原则。由于各国尚未形成共识, 显然习惯国际法没有任何规范将仇恨言论定为犯罪”); 家佣外交豁免案(奥地利最高法院), OGH 6 Ob 94/71, 1971 年 4 月 28 日的判决书, SZ 1971 第 44/56 号, 204。

²⁶⁶ 关于保留(而且同样关于废止), 也见 R.R. Baxter, 见前注 191, at 47-53。《伦敦原则声明》, 见第 44 页(“[结论]22. 条约允许对所有或其中某些条款提出保留的事实本身并不产生一种假设, 即这些条款不宣示现有的习惯法”); 北海大陆架案, 判决书, 《国际法院案例汇编》(1969), 第 3 页, 见第 197-198 页(莫雷利法官的反对意见)。关于批准(或不批准)编纂公约作为接受为法律的证据的问题, 可以 I. Sinclair, 见前注 261, at 227 页为例(“可以公平地说, 即使较少批准的

任何情况下，“就习惯法来说，一项条约规则是否为法律确信的良好证据，基本上是一项关于事实的问题。我们必须审视声明、主张和国家行为……”，²⁶⁷ 以便加以确定。另一个问题是，在大量双边条约中重复出现类似或相同的条款，是否可作为“接受为法律”的证据。在这方面，对该条款(以及编入该条款的条约)同样需要在上下文中并根据通过这些条款的具体情况予以分析。使这种分析尤其重要的是，因为“存在多项条约是一把双刃剑”：²⁶⁸ “即使相当多的条约彼此一致，其本身仍不足以证明，甚至不足以由此推定，整个国际社会都认为这些条约可作为一般习惯法的证据。相反，有不少这类条约似乎证明存在对一般性规定的例外”。²⁶⁹

(g) 国际组织审议机关(如联合国大会和安全理事会)的决议以及国际会议的决议。法律确信可以从各国对那些不具约束力，但旨在明确或隐晦地宣布现行法律的案文所持态度中加以推断，这些态度可通过关于决议的投票(赞成、反对或弃权)、加入关于决议的共识或关于决议的发言来表明。²⁷⁰ 然而，要“以应有的

编纂公约，通常仍可视提供了关于相关主题的一些法律确信的证据。证据的质量将取决于可能出现问题的具体规定的来源。如果某个具体编纂公约的筹备工作材料表明，某一条款在编纂会议上是以赞成和反对票数相当的投票结果通过的，而且因此产生的争议可能使一些国家拒绝参加公约，显然有充足理由在后来的编纂工作中降低该条款的价值”。

²⁶⁷ O. Schachter, 见前注 191, at 735.

²⁶⁸ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决书，《国际法院案例汇编》(1970)，第 3 页，见第 306 页(阿蒙法官的个别意见)。

²⁶⁹ K. Wolfke, 见前注 119, at 35; 另见 Ahmadou Sadio Diallo 案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步反对意见，判决书，《国际法院案例汇编》(2007)，第 582 页，见第 615 页(“几内亚援引各项国际协定，如促进和保护外国投资协定，以及《华盛顿公约》，已确定了关于投资保护的专门法律制度，或这方面的规定通常包括在国家与外国投资者之间直接订立的合同等事实，不足以表明外交保护的惯例规则已发生了变化；它同样能表明相反的情况。”)；J.L. Kunz, 见前注 56, at 668 (“在不同的情况下，条约可作为实现这两项条件的证据，在其他情况下，也可作为没有实现的证据”)；K. Wolfke, 见前注 93, at 9-10；H. Thirlway, 见前注 38, p.71。《伦敦原则声明》，见第 47-48 页(“不能推定一系列类似的条约规定可产生一条具有同样内容的新的惯例规则”)。

²⁷⁰ 例如见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，法律依据，判决书，《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，见第 99-100 和 101 页(“除其他外，可从缔约国和各国对某些大会决议的态度推断这种法律确信，但应十分谨慎，对这些决议案文予以同意所产生的影响是……，可以将其理解为这些国家自行接受该决议所宣布的规则或一套规则的有效性……。各国通过……[一项决议]表明它们对习惯国际法关于该问题的法律确信。”)；检察官诉 Tadic 案，第 IT-94-1-A 号案件，对辩方关于就管辖权问题提出中间上诉的请求所做出的裁决(前南问题国际法庭上诉分庭判决)，1995 年 10 月 2 日，第 111 和 112 段。利比亚美国石油公司(LIAMCO)诉阿拉伯利比亚共和国政府案，仲裁裁决(1977 年)，《国际法案例汇编》第 62 卷，第 140 和 189 页(“……如果不是一致的法律来源，上述决议至少是各国对其自然资源主权的国际舆论最近主要趋势的证据……”)；Texaco Overseas Petroleum Company 和 California Asiatic Oil Company 诉阿拉伯利比亚共和国政府案，1977 年仲裁裁决，《国际法案例汇编》第 53 卷，第 389 和 491-495 页；P. Tomka, 见前注 24, at 210-211；H. Thirlway, 见前注 81, at 65(“有人认，事实上，讨论以及代表会员国在讨论中所作的发言，几乎总是比决议更具有相关性”)；A. Pellet, 见前注 17, at 817, 825 (“在确定一项一般国际法的习惯规则时，有人建议……[国际组织各机关通过的决议]更多地表明法律确信，而不是建立一种惯例……在评估其法律价值时，

谨慎态度”作出这些推断，²⁷¹ 因为各国实际上在同意接受(或不赞成)决议案文时可能会有各种不同的动机：“对于支持宣布法律的决议……将根据采取这种情况加以评估。十分不明确的是，对宣布法律的决议投赞成票是否本身就是相信该决议表达了一项法律规则的确凿证据”。²⁷² 正如国际法院就联合国大会决议所指出，“[这类决议]即使不具有约束力，有时也有规范价值。在某些情况下，它们能提供重要证据，证明是否存在一项规则或出现一个法律确信。若要确定某项大会决议是否属于这种情况，有必要审视其内容和通过该决议的情况；还有必要了解对于其规范特点是否存在法律确信”。²⁷³ 尽管对通过一项决议的措辞和具体情况进行调查的确是不可或缺的，但可以认为，在各国投下“大量的否决票和弃权票时”，则不存在对决议的规范性质普遍持有的法律确信；换言之，这类决议将“无法证明存在法律确信”。²⁷⁴ 同样，一项协商一致(或以压倒性多数和

重要的因素不是这些决议说什么，而是各国关于这些决议说了什么”)；J.E. Alvarez, 见前注 133, at 260(“大会决议可以成为一个寻找……法律确信的有效机制，特别是与各国在其双边外交对话中往往不讨论这一概念的恼人倾向相比”)；人权理事会任意拘留问题工作组的报告(2012年12月24日)，A/HRC/22/44, 第43段；另见国际法学会委员会就有关联合国大会决议的以下问题得出的结论：拟订具有规范性职能或目的的一般性多边公约和非合同文书(1987年，可查阅 www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1987_caire_02_en.PDF)：“一项宣布法律的决议等于是指出存在一项法规。特别是，它可能是确定或解释国际法的一种手段，它可能构成国际习惯的证据，或规定一般法律原则”(结论4)；“一项决议可能构成习惯法的证据或其一个要素(建立习惯的惯例或法律确信)的证据，尤其当这一直是各国在通过这项决议时的意图或适用的程序导致拟订一项关于法律的声明”(结论20)；“决议所提供的[国际惯例]的证据是可辩驳的”(结论21)。Rosenne指出，“如想确定某一国家是否实际上已全部或部分地同意该决议，需要仔细审查通过该决议机构的所有会议记录”(S. Rosenne, 见前注 79, at 112)。

- ²⁷¹ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)。《国际法院案例汇编》(1986)，第14页，见第99页，第188段；也见第182页(阿戈法官的个别意见)(“同样，我感到必须对这一想法表示疑虑……在联合国或美洲国家组织框架内以及在其他情况下通过的某些决议或拟订的声明，可以被视为确凿的证据，证明有关国家之间存在一致的法律确信，具有一项习惯国际法规则的所有约束力”)；另见委员会《对条约的保留实践指南》(2011年)准则3.1.5.3和4.4.2。
- ²⁷² O. Schachter, 见前注 191, at 730；另见 S. Rosenne, 见前注 79, at 112(“表决往往都是表达政治需要，而不是表明法律实际上需要这种表决，也不是表明法律必要确信……或表明决议是宣示法律”)；L. Hannikainen, 见前注 128, at 138(“绝大多数国际组织的决议只是正式建议。这对各国来说是众所周知的，国家对一项决议的表决可能有非常不同理由。这些原因可能包括政治权宜之计和不想被认为是持不同意见。即使一项决议使用法律术语并提到所有国家的义务，一国投赞成票不能被视为法律确信的确凿证据”)。
- ²⁷³ 《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第226页，见第254-255段；另见伊朗-美国索赔法庭关于 Sedco 案(1986年)的综合看法：“联合国大会的决议对各国不直接具有约束力，而且通常不是习惯法的证据。然而，人们普遍同意，这类决议在某些特定情况下可被视为国际习惯法的证据或除其他因素外，可以促进建立这样的法律”(25 ILM 629, 633-634)。
- ²⁷⁴ 《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，《国际法院案例汇编》(1996)，第226页，见第255页，第71段。

具有代表性多数)通过的决议可作为普遍持有的法律确信的证据。²⁷⁵ 此外,如果一个国家不仅不对通过一项宣布法律的决议表示任何反对意见,而且还积极参与通过该决议,完全可以认为该国将决议的规范性内容“接受为法律”。²⁷⁶ 最后,“一系列[载有一致意见的]决议可表明逐渐形成为建立一条新的规则所需要的法律确信”;²⁷⁷ 当然,这也取决于具体情况。²⁷⁸

²⁷⁵ 也见《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国法律后果》,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1971),第 16 页,见第 79 页(阿蒙法官的个别意见);《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果》,咨询意见,《国际法院案例汇编》(2004),第 136 页,见第 235 和 236 页(哈苏奈法官的个别意见);J. Barboza, 见前注 119, at 5 (“这类[大会规范决议]作为宣示习惯法或作为建立一种习惯的基础的可能性,确切地说取决于该决议通过时获得的多数票。如果是获得一致通过,或以协商一致方式通过的,这类决议比只有较少会员国达成的多边条约更能代表国际舆论”)。

²⁷⁶ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国),《国际法院案例汇编》(1986),第 14 页,见第 133 页,第 264 段。

²⁷⁷ 《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1996),第 226 页,见第 255 页,第 70 段;另见第 532 页(威拉曼特里法官的反对意见)(“国际社会的主要代表机构——大会的声明本身并不能够成为法律,但在一系列决议中重复发表的声明……[可为加强习惯国际法规则]提供重要依据”);《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果》,咨询意见,《国际法院案例汇编》(2004),第 136 页,见第 236 页(哈苏奈法官的个别意见)(“[大量以压倒性多数或以协商一致方式通过的决议反复提出同样的意见]虽不具约束力,但产生法律效力,并不断记录国际社会的法律确信”);西南非洲案,第二阶段,判决书,《国际法院案例汇编》(1966),第 6 页,见第 292 页(田中法官的反对意见)(“当然,我们不能承认个别决议、宣言、判决和裁决等对[国际]组织成员国具有约束力。习惯国际法需要的是不断重复同样的惯例;因此,在这种情况下,在同一组织或不同组织中必须不断通过关于同一事项的决议和宣言等。在不断通过这类被视为表明各参与国的集体意愿的决议和宣言的同时,当然可以更迅速和更准确地制定国际社会的意愿,而不采取规范进程的传统方法。这一产生惯例的集体、累积和有机的进程,可以说是在通过公约立法和建立惯例的传统进程之间的中庸之道,并可以被视为在为国际法的发展方面发挥重要作用。总之,国际社会主管机构关于《联合国宪章》的阐释所一再作出的权威性声明、宣言、决议和决定等,可以作为第三十八条第一(丑)款所提到的国际惯例的证据”); E. Suy, ‘Innovation in International Law-Making Processes’, in R. St. John Macdonald et al (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare* (Sitjhoff & Noordhoff, 1978), 187, 190 (“[法律确信]也可通过在其后各国核准的各项决议中仅仅重复各项原则而产生”)。但见 S. Rosenne, 见前注 79, at 112 (“如今国际机构的议程趋向于过多重复,当这一问题首次提出讨论时,政策性决定使得一再投票成为一种惰性反应”)。请参照西撒哈拉案,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1975),第 12 页,见第 99 页(阿蒙法官的个别意见)(“大会至少在四项决议中确认了这一[为摆脱外国占领]斗争的合法性……这些决议共同构成了一个惯例”),以及第 121 页(迪拉德法官的个别意见)(“即使某一特定的大会决议不具有约束力,但许多决议的类似内容在获得压倒多数投票支持和在一段时间内经常重复的累积影响,可能产生一般法律确信,因此构成习惯国际法的一条规范”)。

²⁷⁸ 见《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》,咨询意见,《国际法院案例汇编》(1996),第 226 页,见第 254-255 页,同时也见第 319-320 页(施韦贝尔法官的反对意见)(“以不同程度多数通过的[大会决议],而不顾持续和强有力的反对意见……这种反对意见聚集了世界上许多军事和经济实力以及很大一部分人口,足以剥夺这些[大会]决议的法律权威性……不断重复通过的这类大会决议……表明无法产生法律。当遇到持续和大量的反对意见时,重复大会的决议表明无法形成法律,也表明没有实际效果”);另见核试验案(澳大利亚诉法国),判决书,《国际法院案例汇编》(1974),第 253 页,见第 435-436 页(巴威克法官的反对意见)(“[有可能发生的情况是,]联合国有关决议和国际舆论的其他表现形式,无论多么经常通过,数量有多少,有多么坚决,均不足以认为,习惯国际法现在支持[某项规则]”);另见 S. Rosenne, 见前注 79, at

77. 根据不作为来证明主观要素。也可通过不作为或弃权来建立“接受为法律”，因为这些都是同意或默许的做法。²⁷⁹ 用菲茨莫里斯的话来说，“显然只有当没有反对意见意味着相关国家的同意、默许或容忍时，这种情况才有意义；但没有反对意见本身不一定总是意味着这一点。它取决于是否存在如果不表示反对，就有可能被认为是同意或默许，因此如果反对，就必须提出来的情况。这样的情况并非总是存在，特别是在有些情况下，没有让其他国家知道相关惯例或常例，或在任何情况下都没有可推断其他国家了解相关惯例或常例的众所周知的事实：或相关惯例或常例的形式无法使得其他国家合理推断其真正的性质”。²⁸⁰

78. 矛盾的惯例(即惯例不符合指称的习惯国际法规则)可能证明不存在“接受为法律”的事实，²⁸¹ 正如它可能有助于防止某种惯例被视为已成为规则一样。另一方面，不符合规则的惯例可能是一次重申法律确信的机会，如果重申对于支持习惯规则来说是必要的话。²⁸²

79. 某一特定国家(或国际组织)“接受为法律”的证据可能是不一致的；例如，“同一国的各级政府和法院可能对同一问题持不同意见，因此更难确定该国的法律确信”。²⁸³ 就惯例来说，这种模棱两可的态度可能会损害该国(或政府间组织)在试图确定是否存在一项习惯国际法规则方面的法律确信的重要性。

112 (“共识是一个特别令人误解的概念，因为没有投票的正式内容常常掩盖了许多埋在会议记录中的保留意见，并往往只意味着同意将使用的措辞，或这些措辞在句中位置，但对这些措辞的含义和对整份文件的意图却没有达成共同意见，甚至存在分歧”)；《伦敦原则声明》，见第 59 页。

²⁷⁹ 例如，见《和约的解释》(第二阶段)，咨询意见：《国际法院案例汇编》(1950)，第 221 页，见第 242 页(里德法官的反对意见)(“没有任何国家采取这一立场[某一争端当事国可能会通过不任命委员会代表而防止仲裁]，最能证明在上文所列的仲裁事项中的国际常例或惯例”)；北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 232 页(拉克斯法官的反对意见)；*Priebke, Erich s/solicitud de extradición* 案(阿根廷最高法院)，第 16.063/94 号案件，1995 年 11 月 2 日，第 90 段；另见 K. Wolfke，见前注 6，at 48(“考虑到所有有关情况，其他国家对惯例的容忍，有理由推定是接受为法律的”)；J.I.Chamey，‘Universal International Law’，*American Journal of International Law*，87 (1993)，529, 536；赫德森法官写道，“其他国家当时没有对作为习惯国际法要素之一的那个概念[采取行动的国家认为，惯例是按法律规定的]提出质疑时”：M.O. Hudson，见前注 181，at 609。

²⁸⁰ G. Fitzmaurice，见前注 174，at 33；另见 S.S. “Lotus” 案(法国/土耳其)，《常设国际法院判决书汇编》，A 辑，第 10 号，第 28 页(“只有这些弃权是基于它们[国家]意识到有责任弃权，才能谈论国际惯例”)；北海大陆架案，判决书，《国际法院案例汇编》(1969)，第 3 页，见第 42 页，第 73 段(“虽然不批准有时可能不是因为积极反对有关公约，而是由于其他因素，但这难以构成可以暗示积极接受公约原则的依据：原因是猜测的，但事实仍然不变”)。Danilenko 强调指出，“根据现有国际法，只要惯例影响到利益[直接或间接的利益]，并影响到不采取行动的国家的权利，这时不抗议意味着默许”：G.M. Danilenko，见前注 139，at 108。

²⁸¹ 另见核试验案(澳大利亚诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974)，第 253 页，见第 305 页(彼得伦法官的个别意见)(“这些[进行过大气层核试验的]国家证明，这些国家政府并不认为习惯国际法禁止大气层核试验”)。

²⁸² 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)。《国际法院案例汇编》(1986)，第 14 页，见第 106、108 和 109 页(第 202 和 207 段)。

²⁸³ 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，《国际法院案例汇编》(2002)，第 3 页，见第 171 页(范登韦恩加尔特法官的反对意见)。

80. 提出结论草案如下：

结论草案 11

“接受为法律”的证据

1. 接受一般惯例作为法律的证据可采取各种各样的形式。这些形式可能根据规则的性质和应适用规则的情况而各异。
2. 证据的形式包括但不限于各国表明什么是或不是习惯国际法规则的声明、外交信函、国家法院的判例、政府法律顾问的意见、国际法领域的正式出版物、条约实践以及与国际组织机构和国际会议的决议有关的行动。
3. 不作为也可成为“接受为法律”的证据。
4. 在国家通过一项行动(包括不作为)来确定习惯国际法的规则时，这一事实并不妨碍该行动成为所涉惯例被接受为法律的证据。

七. 今后工作方案

81. 正如已经宣布的那样，²⁸⁴ 2015 年的第三次报告将继续讨论习惯国际法的这两个要素(“一般惯例”；“接受为法律”)，并根据这一专题在 2014 年的进展情况来讨论这两个要素之间的关系。该报告将更详细地讨论本报告涉及的某些方面的问题，尤其是条约的作用、国际组织和会议的决议、乃至一般国际组织。第三次报告还将涵盖“一贯反对者”规则、“特别”或“区域”习惯国际法以及“双边惯例”。

82. 如第一次报告所述，分别在 1949 年和 1950 年的第一届和第二届会议上，国际法委员会按照其《章程》第 24 条所规定的任务，审议了“使习惯国际法的证据更容易获得的方法和方式”专题。这产生了一系列建议，这些建议已由大会通过，今天仍然是重要的。²⁸⁵

83. 如上文所述，惯例(和法律确信)的传播和确定在现代世界的环境中仍然是一个重要的实际问题。²⁸⁶ 因此，建议应通过表明在何处和如何能找到惯例和“接受为法律”的事实来补充结论草案。这将说明可找到惯例和法律确信的一些地方，例如具体国家的汇编和其他出版物以及关于国际法具体领域的惯例的出版物。

84. 特别报告员仍然致力于在 2016 年提交一份最后报告，在其中包括根据 2014 年和 2015 年的辩论和决定编写的经修订的结论草案和评注，但认识到，正如委员会一些成员所说，这是一个目标定得很高的工作方案。

²⁸⁴ A/CN.4/663, 见前注 1, 第 102 段。

²⁸⁵ 另见秘书处的备忘录, 第 9-11 段; A/CN.4/663, 见前注 1, 第 9 段。

²⁸⁶ 例如, 见 S. Rosenne, 见前注 79, at 58-61; O. Corten, 见前注 176, at 149-178。

附件

关于确定习惯国际法的拟议结论草案

第一部分

引言

结论草案 1

范围

1. 本结论草案的主题是用以确定习惯国际法规则是否存在及其内容的方法。
2. 本结论草案不妨碍有关其他国际法渊源及强制性国际法规范(强制法)所涉问题的方法。

结论草案 2

术语的使用

为本结论草案的目的：

- (a) “习惯国际法”指的是产生于并体现了被接受为法律的一般惯例的国际法规则；
- (b) “国际组织”指的是政府间组织；
- (c) ……

第二部分

两个组成要素

结论草案 3

基本方法

为确定习惯国际法规则是否存在及其内容，必须确定是否存在被接受为法律的一般惯例。

结论草案 4

证据评估

在评估被接受为法律的一般惯例的证据时，必须考虑到有关背景，包括周围情况。

第三部分 一般惯例

结论草案 5

惯例的作用

关于必须存在一般惯例，将其作为习惯国际法要素之一的要求意味着，首先是国家惯例促进了习惯国际法规则的创建或表述。

结论草案 6

行为归属

国家惯例包括可归于一国的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是任何其他职能。

结论草案 7

惯例的形式

1. 惯例可能采取多种形式。既包括实际行动，也包括语言。
2. 惯例的表现形式除其他外包括：国家的“实地”行为、外交行为和来往公文、立法行为、国家法院的判决、国际法领域的正式出版物、代表国家就编纂工作发表的声明、与条约有关的惯例以及与国际组织的机关和会议的决议有关的行为。
3. 不作为也可视为惯例。
4. 国际组织的行为(包括不作为)也可作为惯例。

结论草案 8

权衡与惯例有关的证据

1. 惯例的各种不同形式之间没有预先确定的等级。
2. 应考虑某一特定国家的所有现有惯例。如果国家各机构不用一个声音讲话，应赋予其惯例较低的权重。

结论草案 9

惯例必须具备普遍性和一贯性

1. 要确立一项习惯国际法规则，有关惯例必须具有普遍性，就是说必须足够普及和有代表性。该惯例不必是普世的。
2. 惯例必须大体上是一贯的。
3. 只要惯例足够普遍和一贯，就不要求特定的存在时间。
4. 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。

第四部分 “接受为法律”

结论草案 10

“接受为法律”的作用

1. 关于一般惯例须被接受为法律的要求作为习惯国际法的一个要素，意味着所涉惯例必须伴有一种法律义务感。
2. “接受为法律”是区别习惯国际法规则与单纯习惯或常例的分水岭。

结论草案 11

“接受为法律”的证据

1. 接受一般惯例作为法律的证据可采取各种各样的形式。这些形式可能根据规则的性质和应适用规则的情况而各异。
 2. 证据的形式包括但不限于各国表明什么是或不是习惯国际法规则的声明、外交信函、国家法院的判例、政府法律顾问的意见、国际法领域的正式出版物、条约实践以及与国际组织机构和国际会议的决议有关的行动。
 3. 不作为也可成为“接受为法律”的证据。
 4. 在国家通过一项行动(包括不作为)来确定习惯国际法的规则时，这一事实并不妨碍该行动成为所涉惯例被接受为法律的证据。
-