



国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和

7月4日至8月12日，日内瓦

关于习惯国际法的识别的第四次报告

特别报告员：迈克尔·伍德*

目录

	页次
一. 导言	2
二. 各国和其他方面就暂时采纳的结论草案提出的建议	4
三. 根据已收到评论意见编写的结论草案拟议修正案	10
四. 使习惯国际法的证据更易于考察	12
五. 今后的工作方案	17
附件	
结论草案拟议修正案	18

* 特别报告员谨感谢 Omri Sender 先生为本报告的编写提供了宝贵的协助。特别报告员还要借此机会感谢 Jean-Baptiste Merlin 先生就法国国际法学会提出的“法语联系人”议题所开展的工作。



一. 引言

1. 2012年,国际法委员会将“习惯国际法的形成与证据”的议题列入其当时的工作方案,并在特别报告员编写的说明的基础上,举行了一次初步辩论。¹
2. 2013年,委员会在特别报告员第一次报告²和秘书处关于“国际法委员会以前工作中与本专题特别相关的要素”的备忘录³的基础上,举行了一次一般性辩论。委员会将该议题的题目改为“习惯国际法的识别”。⁴
3. 2014年,委员会审议了特别报告员的第二次报告,⁵并申明支持对习惯国际法的识别采用“两要素”方法。这次辩论之后,将第二次报告所提出的11项结论草案提交给了起草委员会,委员会暂时采纳了8项结论草案。⁶
4. 特别报告员为委员会2015年第六十七届会议编写了第三次报告,⁷意在完成这些结论草案。为此,这份报告阐述了第二次报告未涉及的若干事项,以及委员会商定2015年将再次审议的其他事项。报告尤其进一步分析了两个组成要素的关系问题;载述关于不作为被视作惯例和(或)接受为法律(法律确信)证据形式的更为详细的研究情况,以及国际组织惯例的相关性;审查了条约和决议、司法裁决和学说的作用;并探讨了特别习惯国际法和一贯反对者规则。
5. 2015年5月13日至21日,委员会就特别报告员的报告进行了辩论。⁸委员会成员再次表示支持“两要素”方法;并基本达成一致意见,认为该议题的成果应该是一套切实可行的结论及评注,目的是协助从业人员识别习惯国际法的规则。此外,有人建议,如果作出进一步说明,对报告中拟议的结论草案将不无裨益,在这方面,人们提出了许多具体建议。
6. 辩论之后,将第三次报告中的结论草案提交给了起草委员会,委员会暂时采纳了另外八项结论草案,以及关于上一届会议所通过两项结论草案的其他段落。

¹ 联合国文件, A/CN.4/653: 关于习惯国际法的形成与证据的说明。

² A/CN.4/663。

³ A/CN.4/659。

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

⁵ A/CN.4/672。

⁶ 见起草委员会主席的发言(2014年8月7日), 可查阅: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/66/pdfs/english/dc_chairman_statement_identification_of_custom.pdf&lang=E(起草委员会因缺乏时间,未能审议两项结论草案,一项结论草案已删除)。

⁷ A/CN.4/682。

⁸ 见简要记录 A/CN.4/SR.3250、3251、3252、3253、3254(2015年5月13日、15日、19日、20日和21日); A/70/10: 国际法委员会第六十七届会议的报告(2015年5月4日至6月5日和7月6日至8月7日), 第62至107段。

2015年7月29日，起草委员会主席在第六十七届会议上向全体会议提交了委员会关于该议题的工作报告，其中刊载了委员会在第六十六届和六十七届会议上暂时采纳的所有16项结论草案。⁹

7. 2015年8月6日，国际法委员会注意到起草委员会暂时采纳的结论草案1至16。¹⁰ 预计国际法委员会将在下一届会议上考虑在一读时通过这些结论草案和有关评注。

8. 此外，国际法委员会请秘书处编写一份备忘录，说明为识别习惯国际法的目的，国家法院的裁决在各全球性国际法院和法庭案例法中的作用。这份备忘录在着手分析各国际法院和法庭的判例法之前，审议了《国际法院规约》第38条第1款的筹备工作文件，目的是推断出若干一般性意见。这符合委员会在这一议题中将国家法院的裁决作为国家惯例和(或)接受为法律(法律确念)的证据的形式以及作为确定存在习惯国际法内容的辅助手段的做法。¹¹

9. 在2015年第六委员会的辩论中，各国代表团普遍赞扬国际法委员会迄今就这一主题所完成的工作以及采取的务实态度。各国代表团特别重申，他们支持起草委员会暂时采纳的结论草案中采用的基本方法，并期待国际法委员会在第六十八届会议期间对结论草案进行一读。各方对结论草案中处理的事项提出了宝贵的评论意见和建议。¹² 此外，早先从其他各国收到信息之后，还收到瑞士根据国际法委员会请各国就该议题提供相关信息的要求而提供的详细书面说明。

10. 本报告力图在第二节中处理各国及其他方面就起草委员会2014年和2015年暂时采纳的结论草案16提出的一部分主要评论和建议。有人建议，国际法委员会不妨在一读时通过结论草案之前，参照这些评论，审查结论草案(和所附的评注)。在第三节中，特别报告员提议对起草委员会暂时采纳的案文略作修改，在现阶段可以作这些改动，如果国际法委员会决定这样做。¹³ 第四节阐述了使习惯国际法的证据更易于查考的方式和方法，国际法委员会在大约六十五年前就处理了这一事项。该节回顾了早先这项工作的背景，以此作为委员会目前进一步审议该事项的基础。最后，第五节就有关该议题的今后工作方案提出了一些建议。

⁹ A/CN.4/L.869。并见起草委员会主席的发言，可查阅：http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2015_dc_chairman_statement_cil.pdf&lang=EF。

¹⁰ A/70/10，第60段。

¹¹ A/CN.4/691：“为确定习惯国际法的目的，国家法院的裁决在各全球性国际法院和法庭案例法中的作用——秘书处的备忘录”。

¹² 第六委员会在2015年11月2日、3日、4日、6日、9日、10日和11日第17至25次会议上讨论了国际法委员会的报告：A/C.6/70/SR.19-23。另见A/CN.4/689：秘书处编写的关于大会第七十届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要，第15至27段。

¹³ 国际组织责任问题特别报告员在其第七次报告(A/CN.4/610，第4段及此后各段(2009年3月27日))中建议采取一个类似的程序，国际法委员会已予采纳。

二. 各国和其他方面就暂时采纳的结论草案提出的建议

11. 特别报告员就起草委员会暂时采纳的结论草案广泛征求了意见，并参加了讨论结论草案的各次会议，包括亚非法律协商组织习惯国际法问题非正式专家小组 2015 年 8 月在马来西亚班吉举行的会议。¹⁴ 尤其是，代表们在第六委员会的辩论中提出了大量宝贵意见，特别报告员非常感激。如下文所述，提出的有些意见可以在评注中予以处理。其他意见可以在今年一读阶段进行审议，另一些意见或许在二读阶段进行审议更为妥当。特别报告员欢迎国际法委员会成员就下列要点提出意见；下文阐述了他本人的看法，大部分是初步看法，当然需要委员会就此进行辩论。

12. 有人对使用“结论”一词来形容国际法委员会关于本议题的产出表示质疑；有些人提出，使用“指导准则”一词是否会更加妥当，因为目标是提供务实的指导，说明如何确定是否存在习惯国际法规则。特别报告员建议在二读时，根据届时通过的案文性质来审议这个问题。

13. 还有人提议，严格而言，结论草案 1(“范围”)并不是有关识别习惯国际法的结论，而且其内容属于介绍性质，可以列入特别报告员将向国际法委员会提出的一般性评注之中。特别报告员倾向于赞同这一建议，这与 2015 年起草委员会在“武装冲突中保护环境”这一议题下作出的决定是相一致的。¹⁵ 可以在今年或二读时作出这一改动。

14. 一个代表团在第六委员会中提议，结论草案应该更加详细具体。正如特别报告员以往所指出，也正如国际法委员会后来的讨论中所表明，我们需要始终铭记在保持结论草案简明扼要和综合全面两者之间保持平衡。第二次和第三次报告提出的若干结论草案在全体会议和起草委员会的辩论之后，确实已经有了扩展。希望在评注草案中突出其他一些重要的细节问题。特别报告员的意图是让评注草案提供更多必要的深度和细节，并且将评注草案和结论草案作为不可分割的一个整体来加以审议。欢迎就此提出进一步的具体建议。

15. 有人在第六委员会提出了一种关切意见，即结论草案中提出了范围很广的一系列可能的习惯国际法证据类别，这可能被用以表明习惯国际法可以轻而易举地创立或进行推断。虽然这种关切可以理解，但是，提及可籍以表明接受为法律(法律确信)的多种国家惯例形式和国家行为的各种表现方式，恰恰反映出国家以各种方式行使其权力，而不是局限于仅仅若干类别的行为。这并不意味着可以轻率

¹⁴ 班吉会议上的一些发言将在《中国国际法论刊》第 15 期发表。另见 S. Yee, ‘Report on the ILC Project on “Identification of Customary International Law”’, *14 Chinese Journal of International Law* (2015) 375-398。

¹⁵ 起草委员会于 2015 年通过了特别报告员关于“武装冲突中保护环境”议题的这方面提议：见起草委员会主席的发言(2015 年 7 月 30 日)，第 2 页。

地推断习惯国际法规则的存在，尤其是就原则而言，“参与习惯形成过程的是主权国家，即国际社会中的决策者和立法者。它们确认惯例为法律，便是习惯法非常直接的重要证据”。¹⁶ 特别报告员的意图是，依照暂时采纳的结论草案，评注草案将表明，确定一项习惯国际法规则的存在及其内容涉及到需要寻找一种惯例，这种惯例要得到各国接受，而且可以被认为是一种法律权利或义务的表现形式。检验的标准必须始终是：是否存在一种被接受为法律的一般惯例？

16. 若干代表团表示，结论和评注草案中不应忽视习惯国际法的形成问题，他们回顾指出，该议题最初的标题是“习惯国际法的形成和证据”。特别报告员愿赞同这一看法，尤其是因为识别一项习惯国际法规则，在很大程度上需要考虑到这一规则的形成过程。结论草案的确在多处明确或不甚明确地提到习惯国际法规则的形成，而且打算在评注草案中也这样做。与此同时，该议题的目的是协助确定在某一特定时间习惯国际法规则的存在(或不存在)及内容。法律顾问、法官和仲裁员面临的任務涉及识别现在或以往某一特定时间的法律，而不是法律在一段时间如何发展，或今后可能如何发展。正如以前大家所一致认为，该议题的目的不是要解释习惯国际法规则不断发展过程中所涉及的各种影响和过程，尤其鉴于其意图是使这种进程保持其固有的灵活性。

17. 与此密切相关的是，有些代表团指出，在积累了被接受为法律(法律确信)的临界数量惯例而且因此产生一项习惯国际法规则时，常常难以识别其确切的时刻。一个代表团提到，在询问缔约方可能感到承担着同样延展到非缔约方的法律义务的确切时间方面，存在着同样的挑战。这些意见反映出，习惯国际法的创立并不是某个特定时刻发生的事件，而是“产生于国际社会不同行为体之间的一个‘密集的辩证进程’”。¹⁷ 但是，结论草案依然力图提供一种指导意见，即是否可以说这种进程发生于某个特定的时刻。¹⁸ 这在很大程度上取决于考虑证据的时间点。

18. 对于目前结论草案3所处理的两个组成要素，若干代表团就目前在结论草案3中处理的评估证据的进程提出了颇有助益的意见。现在打算在评注中反映出这些意见，评注将力求对结论草案中所提到的“总体背景、该规则的性质，以及相关证据所处的具体情况”作出解释。此外，正如一些代表团所建议，评注将澄清，

¹⁶ H. Waldock, “General Course on Public International Law”, 106 *Recueil des Cours* (1962) 49.

¹⁷ J.R. Crawford, “The Identification and Development of Customary International Law”, Keynote Speech at the Spring Conference of the ILA British Branch, 23 May 2014(citing P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law” 45 *British Yearbook of International Law* (1971) 103, 129)。

¹⁸ 并见 K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2nd revised edition (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 54 (“撰著者普遍认为，很难确定一项习惯的形成时刻，因而也很难确定一项习惯规则开始具有约束力的时刻，因为实际上这是无法确定的。我们只能确定习惯在某一确切时刻是否存在，而且至多是分析了惯例之后，对特定习惯的演变情况作出某种预测”）。

要求对习惯国际法两项组成要素分别进行探讨，并不排除在某些情况下使用同样的资料来确定惯例和接受为法律(法律确信)的可能性。

19. 有人提出的关切意见是，结论草案 4 第 2 段提到国际组织的惯例“也”创立或表述习惯国际法，将此种惯例与国家的惯例相提并论，尽管其中列有“在某些情况下”的字样。有人指出，这种提法在现行国际法中找不到佐证，国际组织(欧洲联盟除外)的惯例虽可能发挥重要的间接作用，但并不直接有助于习惯国际法的形成或表述。在这方面，有人建议删除第 2 段，在评注中解释国际组织确实所发挥的作用，或者在一项单独的结论草案中处理这一事项。但是，其他人支持第 2 段目前的行文，有人建议，对国际组织不应该孤立地加以处理(而且就此提出了一些起草建议)。还有人指出，目前，将所有结论草案作为一个整体而言，其中对国际组织的提法并非始终统一，因为在结论草案的某些地方，仅仅明文提到国家惯例。

20. 特别报告员依然认为，在某些情况下，国际(政府间)组织的惯例可能有助于习惯国际法的形成或表述。就欧洲联盟而言，或者，实际上，在会员国可能指示国际组织代表它们采取属于会员国自身职权范畴的行动时，很难否认这些惯例的相关性。此外，如果接受国际组织相互关系中的惯例至少会产生或证明约束这种关系的习惯国际法规则，国际组织惯例的相关性就不应该具有争议性。¹⁹ 同时，正如有些代表团也已经强调指出，国际组织不是国家，相互差异很大(不只是在权力方面，而且在成员和职能方面)，必须逐例谨慎地评估它们的惯例。对现行第 2 段的评注中，应该明确指出这一点。另一种做法可以是，除了上文第 19 段提到的可能改动过之外，现在、或者是在会员国有机会看到伴随的评论草案之后二读时，可以重新讨论第 2 段的行文。特别报告员欢迎国际法委员会成员就此提出进一步意见。

21. 若干代表团表示关切的是，结论草案 4 第 3 段述及国家和国际组织之外其他行为体行为的措辞过于严格，它没有充分确认此种行为体可以为与其工作相关的国际惯例以及习惯国际法的可能发展作出重要贡献。在这方面，有人特别提到红十字国际委员会(红十字委员会)。特别报告员要提请注意第 3 段中的“但在评估[国家和国际组织的]惯例时可能相关”的措辞，这就确认，虽然“其他行为人”的行为不直接创立或表述习惯国际法，但这种行为很可能对习惯国际法的发展和

¹⁹ 1986 年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》似乎接受了这一观点，该《公约》的序言部分提到“编纂和逐渐发展关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约的规则”，并申明(同样在序言部分)，“本公约未予规定的事项继续受习惯国际法规则的支配”。或许还应该指出，欧洲复兴开发银行关于贷款、担保和其他融资协议的标准条款和条件确认，适用于该银行和一项融资协议当事方之间争议的国际公法的来源，除其他外，包括“……各种形式的国际习惯，包括国家和国际金融机构为产生法律义务而在此种一般性、连贯性和期限方面的惯例”(着重部分由作者标明)；欧洲复兴开发银行，标准条款和条件(2012 年 12 月 1 日)，第 8.04 条(b)款第(六)项(C)目。

识别产生重要(虽然是间接的)作用。实际上,在很大程度上正是红十字委员会的工作及其对习惯国际人道主义法的发展作出的重大贡献(促进或记录各国的惯例和接受为法律(法律确信))²⁰ 激励了第 3 段的案文。

22. 在国际法委员会 2015 年仔细审查这一问题之后,结论草案中将不作为视作一种惯例和(或)接受为法律(法律确信)的证据的经修订的提法得到了普遍支持。许多代表团再次强调,对于被接受为法律(法律确信)证据的不作为的相关性,必须审慎地进行评估:不能期望国家对所有事物都作出反应,将法律意义归于国家的不作为的做法要视每一种情势的具体情况而定。在这方面,有人表示支持起草委员会 2015 年编写了结论草案 10 第 3 段,有人建议在所附评注中进一步澄清对不作为赋予证据价值的要求。特别报告员同意并将努力在评注草案中不仅说明必须对相关惯例作出反应,而且将说明,如果一个国家不了解、或者不能期望其了解某一惯例,或者还没有合理的时间作出反应,则不能将这种不作为归于其认为在习惯国际法之下已经规定(或允许)此种惯例。

23. 一个代表团关切地指出,结论草案 7 第 2 段(其目前的行文规定,如果某个国家的惯例不一致,给予该惯例的权重可能减轻)可能对有些国家不利,如果这些国家司法机构的独立地位以及政府和议会的并存可能导致不同的意见,或者至少导致在表述上产生细微差异。在这方面,特别报告员指出,在国际事务问题方面,国家通常试图以一个声音说话,结论草案并不寻求对任何国家的内政采取任何立场。具体而言,正如评注草案将力图阐明的那样,结论草案中的“可能”一词表明,对国家的惯例作为一个整体作评估时,需要谨慎行事。在“渔业案”中就可以清楚地看到这种做法,在该案中,对于相关惯例,国际法院认为,“不必过于看重为数极为有限的不确定因素或矛盾之处,不论它们是真实存在或明显存在的……对于它们,根据长期存在的各种事实和条件,很容易就可以了解”。²¹ 在

²⁰ 另见 *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ICTY Appeal Chambers (2 October 1995), para. 109 (“众所周知,红十字委员会积极促进国际人道主义法的发展、执行和传播。从与我们相关的角度来看,即就关于国内武装冲突的习惯规则的出现而言,红十字委员会作出了重大贡献,它呼吁武装冲突各方遵守国际人道主义法。应当指出,在面对非国际武装冲突时,红十字委员会促进对立各方实施人道主义法基本原则。此外,它还尽可能努力说服冲突方遵守 1949 年日内瓦四公约,或至少遵守其主要条款。如果冲突各方或其中一方拒绝遵守国际人道主义法的大部分规定,红十字委员会已经指出,他们至少应该遵守共同第三条。这表明红十字委员会已经促进和协助将人道主义法的基本原则延展适用于国内武装冲突。红十字委员会因而在引导遵守国际人道主义法方面取得了实际成果,因此,应该将此视为实际国际惯例的一个要素;这个要素显然在产生或形成习惯规则方面发挥了重要作用”; T. Meron, ‘The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law’, 90 *American Journal of International Law* (1996) 238, 245, 247 (“红十字委员会当然不是一个国家,也不是政府间组织,而是瑞士民法之下的一个联合会。因此,它不直接参与缔结国际法。根据现行来源理论,国际法依然要由国家来制定,同时给政府间组织的作用保留了一定的空间……[但是,它]影响到国家的惯例,因此,就间接地影响到习惯法的发展”)。

²¹ “渔业案”, 1951 年 12 月 18 日判决书:《1951 年国际法院案例汇编》,第 116 页和第 148 页。

任何情况下，这种评估都必须考虑到相关国家机关的宪法地位，包括哪一机关对相关事项具有最后发言权的问题。²²

24. 有人提出一种看法认为，虽然结论草案 12 正确地指出，决议本身并不构成习惯国际法，条约也是如此，可是处理后者的结论草案(结论草案 11)并未明确指出这一点。结论草案 11 反映出一种了解，即一项条约原则上不能对第三方产生义务这一基本规则是众所周知的；人们之所以认为需要在结论草案 11 中提供指导，是因为条约有可能揭示习惯国际法规则的存在和内容。²³ 然而，评注将解释说明，“条件是能够确定”的措辞表明，仅仅靠条约的案文并不能断定一个习俗的形成相当于一种所指称的习惯国际法规则；规则的存在必须逐例由惯例(和接受为法律(法律确念))来印证。

25. 一些代表团强调，评估国际组织和政府间组织的决议在识别习惯国际法方面的相关性和重要性时，尤其需要谨慎行事。正如第三次报告所述，大家一致认为，只有一些决议可以成为现行或新兴法律的证据，而且要视各种因素而定，必须逐例仔细评估这些因素。特别报告员有意借助评注来进一步解释结论草案 12 的谨慎措辞，并说明将顾及哪些因素。此外，正如有人在第六委员会中所提议，还打算在这方面强调大会作为一个接近普遍参加的论坛的特别重要性。

26. 一些代表团建议，应该有一项单独的结论，或者至少在结论草案 14(“学说”)所附的评注中具体提及国际法委员会的产出在习惯国际法的识别方面的作用。有人指出，鉴于委员会作为大会一个附属机构而具有的地位以及与国家的关系，其产出似乎并不等同于学术专著。特别报告员也认为国际法委员会在这方面具有特别地位，并回顾指出，委员会成员在 2015 年的辩论中也强调了这一点。现在的意图是，评注草案将承认委员会确定一项习惯国际法规则的存在及其内容(或者委员会认定不存在此种规则)的特别重要价值，并说明其理由。此外，其他结论草案，尤其是阐述惯例的形式、被接受为法律(法律确念)的证据的形式以及条约的可能相关性的结论草案，都间接指出了委员会的工作作为推动国家的惯例和法

²² 例如，见“国家的司法管辖豁免”(德国诉意大利：希腊参与诉讼)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页和第 148 页，第 83 段(法院指出，“依照希腊法律，希腊特别最高法院发表的意见优先于希腊最高法院的意见”)。

²³ 还应该指出，国际法院在“北海大陆架案”中指出，如果已有记录表明，“公约得到非常广泛、有代表性的参加……前提是包括那些利益特别受影响的国家”，这本身“也许”足以使一项公约规则转变为习惯国际法规则(“北海大陆架案”，判决书，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页和第 42 页，第 73 段)。换言之，一项多边条约可能在某些情况下“由于自身的影响”(第 70 段)，导致产生习惯国际法规则。但是，正如最近有人撰文指出，“法院十分谨慎，不明确断定是否可能采用这种方法……不管怎样，在法院的判例中，对一项编纂法典的公约的普遍参加本身从未能充分证明一项习惯规则”：P. Tomka, ‘Custom and the International Court of Justice’, 12 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (2013) 195, 207。

律意见表述的催化剂的重要作用。正如一个代表团所指出，委员会的工作可能还被大会各项决议所吸纳。相关结论草案的评估将力图说明这些方面。

27. 在第六委员会参与处理关于一贯反对者结论草案的所有代表团几乎都支持纳入一项关于该问题结论草案，这说明各国普遍赞同这项规则应该成为国际法体系的组成部分。²⁴ 但是，有些代表团提出了关切意见，认为在结论草案中确认这一规则可能破坏习惯国际法的稳定，或者可能被用作一种手段，借以逃避习惯国际法规定的义务。在这方面，特别报告员的意图是，这项评注将与结论草案 15 本身一样，强调这项规则的严格要求，尤其是，一旦习惯国际法的一项规则业已形成，早先未发表反对意见的国家就不能试图摆脱其约束力。若干代表团建议，评注草案应该提及一贯反对相对于绝对法的问题。但是，国际法委员会早先已经决定不在目前的议题中处理绝对法问题，现在已将其作为一个单独的议题来处理。

28. 一个代表团对为了保障一贯反对者的地位而需要一再提出并维持对正在形成的习惯国际法规则的反对立场(包括在该项规则形成之后这样做)的必要性提出了质疑。它建议，只要一国表明其不希望被一项正在形成的规则所约束，它就没有义务反复重申这一立场；只有该国此后的行为或法律意见明确表明支持新的规则并背离其早先立场，才失去一贯反对者的地位。这种做法虽有其吸引力，但它似乎忽视了有时候沉默(在其相当于默许之时)所具有的法律力量，而且贬低了不作为在习惯国际法规则的发展和识别方面的作用。但是，并没有要求国家必须始终不断地表示反对：现在的意图是，评注将明确指出，只有在应当期望再次表示反对(即沉默或不作为可能导致认定该国已经放弃反对立场)的情况下，才应期望表示反对意见。²⁵ 正如还有人建议的那样，应该以均衡和务实的方式来处理这项要求。

²⁴ 关于国家惯例以及各国际法院和法庭的案例法，见“关于习惯国际法的识别的第三次报告”，A/CN.4/682，第 86 至 87 页和伴随的脚注；J.A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press, 2016)，全文，但尤其是第二章(第 55 页：“现在有……大量证据表明，现今存在一贯反对者规则。这项规则得到国家的接受和采用，尤其是与此同时，它日益明显地得到司法界的认可，而且在学术专著中被经常提及，这说明该规则的确是国际法律体系中的一项次级规则”)。另见 Wolfke, *supra* note 18, at 66 (“关于在实践中 [一贯反对者] 的此种反对意见很少得到支持，反对者最后加入一般惯例和正在形成的习惯的论点并不破坏一贯反对者的原则。恰恰相反，这仅仅表明个别国家在实践中很难、但并非不可能在一个相当长的时期内不参与国际法的一般性演变”)；G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 112 (“经验表明，国际社会的压力常常迫使反对国承认赢得国际社会广泛支持的新规则。但是，不应该将有效维护一贯反对者地位的可能性与得到法律承认的不同意新习惯规则的权利混为一谈。”)。

²⁵ 另见“缅甸湾区域海洋边界划界案”，判决书，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页和第 305 页，第 130 段；M. Bos, “The Identification of Custom in International Law”, 25 *German Yearbook of International Law* (1982) 9, 37 (“应当强调的是，并不始终可以把沉默理解为默许；因为不能认为各国始终有义务永久性地对任何令其感到不快之事提出异议。要产生法律后果，则必须有充分理由要求其采取某种形式的行动”)；I.C. MacGibbon, “The Scope of Acquiescence in International Law”, 31 *British Yearbook of International Law* (1954) 143 (“故而，在通常要求作出

29. 有些代表团感到关切的是，提及特别习惯国际法的规则——顾名思义，这些规则仅适用于数量有限的国家——可能会被认为是鼓励国际法出现不成体系的现象。虽然这些顾虑是可以理解的，但是，不可争辩的是，特别习惯国际法规则是存在的(除其他外，国际法院的案例法就证明了这一点)。²⁶ 即便在实践中并不经常遇到特别习惯国际法的规则，但是，它们有时在国家间关系中发挥重大作用，因为它们顾及某些国家特有的不同利益和价值观。所以，关于如何识别这些规则(包括澄清必须实施更加严格的标准)的指导准则可能是不无裨益的。不过，特别报告员希望评注能明确指出，不要排除特别习惯国际法规则经过一段时间的演变而成为一般习惯国际法规则的可能性。²⁷

三. 根据已收到评论意见编写的结论草案拟议修正案

30. 特别报告员参考第六十七届会议以来提出的各种建议，提议对 2014 年和 2015 年起草委员会暂时采纳的结论草案案文作少量细微的修改。如上文所述，今年或在二读时，将充分审议其他可能的改动。为了方便起见，对结论草案的拟议修正案列于本报告附件(并作了标示)。

31. 有人建议在结论草案 3(“评估两要素的证据”)的第 2 段中澄清案文，并强调其上下文，将“每一要素都必须单独予以确定”——这是指习惯国际法的两个组成要素——改为“两要素中的每一要素都必须单独予以确定”。

表示反对的积极反应的情形下，默认呈现为沉默或不提出异议的形式”)。这种看法与处理不作为被视作接受为法律(法律确念)的证据的形式的结论草案第 3 段采纳的做法是一致的。

²⁶ 见“关于习惯国际法的识别的第三次报告”，A/CN.4/682，第 80 段。

²⁷ 另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难——国际法委员会研究组的报告”，A/CN.4/L.682 (2006 年 4 月 13 日)，第 20 段(“这些区域影响力似乎很大，这恰恰是因为它们已经失去其原有的地理局限性，得以为普遍性国际法的发展做出贡献”)；R. Y. Jennings, ‘Universal International Law in a Multicultural World’, in M. Bos and I. Brownlie (eds.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford University Press, 1987) 41(“当然，[国际法的普遍性]并不意味着不存在区域差异的可能性，或许即便在原则事项上也是如此……每一项法律，包括主权国家的国内法律，都很愿意接受这种差异。普遍性并不意味着统一性。但是，它的确意味着这样一项区域性国际法不论有多大差异，都是整个体系的组成部分，而不是一个单独的体系，其有效性最终源于这整个体系”)；B. Sepúlveda-Amor, ‘Comments on Fawcett and Obregón’, in M. J. Aznar and M. E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law, Fourth Volume* (Hart Publishing, 2015) 39-43(“令人注意的是，许多方面人士最初认为，十九世纪和二十世纪源于[拉丁美洲]这个区域的一些理论和规则不切实际而且违背文明国家的法律。然而，其中部分理论和规则被接纳为一般国际法的组成部分。法律上已占有原则就是一个范例……”)；D. Pulkowski, ‘Theoretical Premises of ‘Regionalism and the Unity of International Law’, in M. J. Aznar and M. E. Footer (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law, Fourth Volume* (Hart Publishing, 2015) 77, 84-85(“区域主义对法律统一性产生影响的方式与现代国际上缔结法律的其他形式没有质量上的差别。区域法是特别国际法[从加入国家数量有限的诸边条约到准普遍性多边公约]的次级变体，因此，不会比其他形式的特别法律给国际法体系产生更多或更少的混乱”)。

32. 有人建议在结论草案 4(“惯例的要求”)第 1 段中作一些细小的改动,以便不仅清楚地说明哪些方面的惯例对习惯国际法的识别具有首要相关性,而且说明这些惯例的作用。这将提供更为明确的指导准则,而且更好地应对结论草案的标题。在提出的各项修正案中,将“形成或表述”改为“表述或创造”的想法源于国际法院在“大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)”中的用语。²⁸ 这也有助于该段重点阐述识别规则的任务。因而,该段将改为如下:

“一项一般惯例作为习惯国际法的一个构成要素,首先是指表述或创立习惯国际法规则的国家惯例。”

33. 如果对结论草案 4 第 1 段这一修改,就要对结论草案 4 第 2 段和结论草案 4 第 3 段作相应的改动。

34. 对于结论草案 6(“惯例的形式”)第 2 段,有人建议删除“与国际组织通过的决议或在政府间会议上通过的决议有关的行为”的字样。虽然这种行为有时候可能作为国家惯例而具有相关性,但实际上,其效用往往是被视作接受为法律(法律确念)的证据或缺乏这种证据,而且,结论草案 6 第 2 段完全没有提供详尽的惯例形式。结论草案 10 第 2 段当然将保留“与……的决议有关的行为”这一提法,该段列出了被视作接受为法律(法律确念)的证据的可能形式。

35. 有人建议在结论草案 9(“接受为法律(法律确念)的要求”)第 1 段中,将“在采用该惯例时已经考虑到”改为“该惯例必须同时考虑到”。“采用”一词比较容易被理解为包含实施相关惯例的国家的法律意见和能够对此作出反应的国家的法律意见;最近,国际法院在其 2012 年“国家的司法管辖豁免案”判决书中也采用了这样的措辞。²⁹

36. 有人建议将结论草案 12(“国际组织和政府间会议的决议”)第 1 段中的“不能”改为“不”,因为这可以更好地反映出这一陈述的事实性质,而不是规范性,这样起草的案文更为妥善。

37. 对于结论草案 12 第 2 段的英文稿,有人建议将“establishing”改为“determining”,以期提高结论草案整体的一致性(结论草案 1、2、13 和 16 在述及习惯国际法规则时,都使用了“determining”一词)。还有人建议删除“或促进

²⁸ “大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)”,判决书:《1982 年国际法院案例汇编》,第 18 页和第 46 页,第 43 段(“……应该铭记,正如法院本身在 [1969 年] 判决书中明确指出,法院当时正在分析它认为是表述或创立习惯规则的国家实际惯例所依据的概念和原则”)。

²⁹ 见“国家的司法管辖豁免”(德国诉意大利:希腊参与诉讼),判决书:《2012 年国际法院案例汇编》,第 99 页和第 123 页,第 55 段(“……关键要点是,在此种案件中给予豁免权并不伴随有必要的法律确念,因此并不阐释法院目前审理的问题”),以及第 135 页,第 77 段(“各国采取的立场和一些国家法院的判例表明,这种惯例伴随有法律确念;这些立场和判例已经表明,它们认为习惯国际法需要有豁免权”。)

其发展”的字样，以便让这项结论草案重点阐述习惯国际法的识别问题；国际组织和政府间会议决议可能对该法律发展的贡献可以在评注中提出。

四. 使用习惯国际法的证据更易于考察

38. 人们早已认识到为确定国家惯例及其法律确信而获取证据方面存在的实际困难。不言而喻，这种困难与习惯国际法作为不成文法的性质密切相关，³⁰ 1947年，国际法逐渐发展和编纂问题委员会(“17国委员会”)也确认了这些困难。³¹ 因此，该委员会在提交大会的报告中建议“国际法委员会考虑如何使习惯国际法的证据更易于查考”，³² 这导致在《国际法委员会章程》(1947年)题为“国际法的编纂”的一节中列入了第24条。第24条规定：

“委员会应研究方式和方法，便利各方利用习惯国际法的依据，如搜集和出版有关国家惯例以及各国法庭和国际法庭作出的国际法问题的判决，并应就此事向大会提出报告”。³³

³⁰ 另见 S. Rosenne, *Practice and Methods of International Law* (Oceana Publications, 1984) 56(“因此，习惯法的证据[因为它主要以惯例为基础]是分散、含混不清，而且总体而言是不成体系的”)；R.M. Mersky, J. Pratter, ‘A Comment on the Ways and Means of Researching Customary International Law a Half-Century after the International Law Commission’s Work’, 24 *International Journal of Legal Information* (1996) 302, 304.

³¹ 委员会主席 Dalip Singh 爵士解释指出，“与始终列述于书本之中的科学国际法的证据不同，习惯国际法的证据不容易考察。”(A/AC.10/SR.27 (1947年6月20日)，第11页)。在当时前后，有人指出，在习惯国际法的识别方面，“最为糟糕的是，目前从数量有限的外交照会汇编中引用的文字被重复抄录，这些照会从一本教科书抄入另一本教科书，此外，不为常人所知而且乏善可陈的国家文献中偶尔收录的撰著者个人的见解十分罕见；G. Schwarzenberger, “The Inductive Approach to International Law”, 60 *Harvard Law Review* (1947) 539, 564.

³² “国际法逐渐发展和编纂问题委员会关于鼓励逐步发展国际法及其最终编纂的报告”，A/AC.10/51(1947年6月17日)，第18段(“关于习惯国际法的发展以及通过司法进程的习惯国际法的发展，本委员会要建议国际法委员会研究方式和方法，便利各方利用习惯国际法的证据，如编纂各国惯例汇编，搜集和出版各国法庭和国际法庭有关国际法问题的裁决”)。国际法逐渐发展和编纂问题委员会秘书处提交该委员会的一项备忘录建议，“虽然习惯国际法因国家惯例而得到发展，其增长并不依赖于有意识的国际努力，联合国可以采取步骤，编纂国际法摘要汇编，便利各方利用习惯国际法的证据，从而促进习惯国际法的发展……[确定和编纂此种摘要汇编的有益做法]可以是审议便利各方利用载述这种证据资料的方法”(A/AC.10/7 (1947年5月7日)，第5和第6页(引文省略))。

³³ 《国际法委员会章程》第24条授予委员会的任务“不同于委员会的其他任务，如逐步发展和编纂国际法……。它只涉及习惯国际法的证据，但又不仅仅涉及任何特定专题，而是涉及习惯国际法的所有方面。具体而言，这项任务就是要探讨如何纠正目前令人不满意的文件状况。法文案文对此比英文文案文表达得更加清楚，法文案文用了‘文件’一词，英文文案文用的是‘证据’一词：‘便利各方利用习惯国际法证据的方式和方法：《国际法委员会章程》范畴内的筹备工作——秘书长提交的备忘录’”：A/CN.4/6 (1949)，第5页。

39. 第 24 条的执行问题是国际法委员会议程上的第一个项目。³⁴ 在这方面，国际法委员会第一届会议面前有联合国秘书长提交的题为“便利各方利用习惯国际法的依据的方式和方法：《国际法委员会章程》第 24 条范畴内的筹备工作”的备忘录。³⁵ 备忘录由三部分组成：(1) 关于“便利各方利用习惯国际法证据方面的问题”的简短引言；(2) 关于“习惯国际法证据的目前状况和改进这种状况的建议”的范围广泛的问卷调查；(3) 关于当时习惯国际法证据状况的评估和改进这种状况的可能“方式和方法”。³⁶ 国际法委员会就该备忘录和这一议题进行更加广泛的辩论之后，邀请其成员之一 Manley O. Hudson 就该问题编写一份工作文件，供委员会第二届会议审议。³⁷

40. 国际法委员会在 Hudson 编写的工作文件基础上，³⁸ 在提交给大会的 1950 年报告中指出，“应当在各种不同的资料中寻找国家惯例的证据”，但认为要将“揭示关于大量国际关系问题中每一个问题的国家惯例的资料的无数类别全部”予以列举是不切合实际的。³⁹ 国际法委员会认为，应该在“没有意图排除任何类别、类目”或种类的习惯国际法证据的情况下罗列并调查：国际文书的案文；各国际法院的裁决；国家法院的裁决；国家立法；外交来往公文；国家法律顾问的意见；以及国际组织的惯例。⁴⁰

41. 关于这些证据的便于利用问题，国际法委员会建议，这个问题“可以在三个方面加以考虑。第一，满足特定群体人员的需要的可查考程度 [这些人员为研究国际法的私人、政府官员和国际官员]。第二，世界各地可查考业已出版资料的

³⁴ 《1949 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 282 至 284 页，第 35 至 37 段。更为广泛的资料，另见 H.W. Briggs, *The International Law Commission* (Cornell University Press, 1965) 203-206。

³⁵ A/CN.4/6 和 Corr.1。国际法委员会面前还有秘书处根据该备忘录编写的一份工作文件 (A/CN.4/W.9)。

³⁶ 人们认为这份备忘录“是该领域最全面、最实用的传记式手册……以令人敬佩的方式实现了其直接目的，即为国际法委员会和大会的工作提供充分的资料以及完善和循序渐进的工作方案”：L. Preuss, [Review:] *Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available. Memorandum submitted by the Secretary-General(A/CN.4/6)*, 43 *American Journal of International Law* (1949) 834, 835。另见 Mersky and Pratter, *supra* note 30, at 308 (“这个涉及习惯的国际法文件的问卷调查令人印象深刻。本文的篇幅不容对其内容作详细探讨。我们只需指出，这份文件今天仍可作为一项参考资料而大力推荐给法律图书馆员和其他研究人员”)。

³⁷ 除一个例外，委员会成员都非常赞赏这份备忘录：见《1949 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 228 至 235 页。委员会的决定如下：“决定不任命一名报告员处理便利各方利用习惯国际法证据的方式和方法问题，但委员会一名成员应该编写一份关于该议题的工作文件，提交给国际法委员会第二届会议” (第 235 页)。

³⁸ A/CN.4/16 和 A/CN.4/16/Add.1。

³⁹ 《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 368 页，第 31 段。

⁴⁰ 同上，第 368 至 372 页，第 32 至 78 段。

范围。第三，尚未出版的资料在世界各地可供查考的范围”。⁴¹ 在这方面，有人指出，除其他外，大量已出版资料“仅收藏于知名国际法图书馆内”，“令人遗憾的是……这些资料寥寥无几”；而且“极难估计现已出版的许多习惯国际法证据主要文集目前的可查考程度……在许多情况下，并不存在可以满足当前或今后需求的文集”。⁴²

42. 在这种情况下，国际法委员会后来提出了便利各方利用习惯国际法证据的“具体方式和方法”，其中包括：(1) 以尽可能低廉的价格、尽可能广泛地销售联合国各机构所发表有关国际法的出版物，迅速公布由秘书处登记、存档和记录的国际文书；(2) 秘书处若尚未这样做，则授权编制并广泛分发内载各国所提供关于其惯例(和联合国惯例)法律资料的出版物，报告国际仲裁裁决，并概述重大发展情况；(3) 出版时而编制的《国际法院案例汇编》摘要；(4) 大会呼吁各国注意应发表其外交来往公文摘要汇编以及与国际法有关的其他资料；(5) 大会审议是否应该制定一项关于一般性交换有关国际法和国际关系的官方出版物的国际公约。⁴³

43. 对上述大多数建议已经采取了许动，⁴⁴ 因而产生了国际律师经常查考的一些重要文献。关于国家惯例(以及学术专著、国际组织的文件以及各国际法院和法庭的裁决中可能载有的此种惯例证据)的出版物已经大为增加，其部分原因是国家或国际私人机构“表现出了热情”。⁴⁵ 国际关系日趋强劲也导致国家惯例和立场更加广为人知；在数字时代，强有力的收集、保存和散发数据的能力减少了1949/1950年所预见查考和整理已公布信息方面的许多困难。⁴⁶

⁴¹ 同上，第 327 页，第 80 段。

⁴² 同上，第 372 页，第 82 和 83 页。

⁴³ 同上，第 373 至 374 页，第 90 至 94 段。

⁴⁴ 另见联合国大会 1950 年 12 月 12 日第 487(V)号决议(联合国，大会正式记录，第五届会议，补编第 20 号，第 77 页)，请秘书长审议国际法委员会若干建议并提出报告；Y.-L. Liang, “The Second Session of the International Law Commission: Review of its work by the General Assembly”, 45 *American Journal of International Law* (1951) 509, 510-514。

⁴⁵ 1950 年，国际法委员会指出，“一些刊物中出现了非官方科学机构富有成效活动的各种成果，近几年来，一些国家创办了国际法年鉴或刊物。尽管展现出这些热情，但依然令人置疑的是，是否可以仰赖许多国家机构或国际机构持续努力出版有助益的习惯国际法证据汇编。它们很少能够开展并持续执行长期而扎实的工作方案”：《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 373 页，第 89 段。但是，目前国际法委员会的立场已经有了很大变化。

⁴⁶ 另见 T. Treves, ‘Customary International Law’, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2006), 第 80 段(“最近，由于电子形式的知识广泛存在，国际惯例形式的可查考性发生了重大变化。这种形式的知识使得无数国家能够使其惯例便于查考，而且至少就最近的惯例而言是如此，可以纠正印刷文献不平衡的现象。它们——当然只是在一定程度上——还缓解了有些人(政府官员或学者)所处的不利地位，这些人无法前往数量有限可供查阅印刷品的井井有条的大型图书馆。最后，电子形式使得惯例几乎一俟形成，就可以供查考，从而消除了拥有组织良好的外交事务部门的国家与其他国家以及大多数学者之间存在的信息鸿沟”)。

44. 国际法委员会的工作本身已经、并在继续使得习惯国际法的证据易于查考。正如有人指出，“如今，编纂进程提供了一种发现国家实际惯例的简便易行的方法”，因为“各国政府对国际法委员会所编写草案的意见、大会第六委员会中的讨论、各国代表在全权代表编纂会议上的发言构成了一种对各国的惯例、各国关于就某一专题所遵循或应该遵循的规则的看法提出的公共调查；这就是一种‘摆脱了不成体系的国家惯例证据含糊不清和前后不一的特点’的证据”。⁴⁷ 联合国定期公布各国政府依照国际法委员会的要求所提供的信息十分重要。⁴⁸

45. 与此同时，国家(和国际组织)数目的增多，国际交往更大幅度的增加，以及目前存在的多种形式证据，对全面调查国家惯例和法律确信构成重大挑战。现有资料的浩瀚数量令人却步：即便在三十年前，就有一名学者认为，“当前，各种汇编和国家惯例层出不穷，或多或少具有某种权威的机构或其他方面几乎每天都产生各种决议和建议，现在的一个困难是证据数量之多和范围之广，令人难堪”。⁴⁹ 缺乏一种共同的分类系统来比较和对比国家及其他方面惯例的现象，使得这一挑战变得愈加复杂。⁵⁰

⁴⁷ E. Jiménez de Aréchaga, ‘International Law in the Past Third of a Century’, 159 *Recueil des Cours* (1978) 26 (quoting R.R. Baxter, ‘Treaties and Custom’, 129 *Recueil des Cours* (1970) 36)。另见 Preuss, *supra* note 36, at 835(当时表示，由于缺乏这种国家惯例的文件，“只有国际法委员会一类中央机构在各国政府充分合作的情况下给予指导和引导，才可能发展名副其实的万国法”)。

⁴⁸ 另见 H.W. Briggs, ‘Official Interest in the Work of the International Law Commission: Replies of Governments to Requests for Information or Comment’, 48 *American Journal of International Law* (1954) 603, 605, 612(提及美利坚合众国针对国际法委员会关于条约法的工作而提交的一份文件时指出，“令人遗憾的是，这份文件美国尚未公布，也没有作为联合国文件印发”，并针对各国政府根据国际法委员会的要求而作出答复的总体情况指出，“对国际法的专业学者而言，这些资料大多为油印，不能长期保存，而且可查阅机会有限，令人遗憾。这些情况着重表明，迫切需要出版《联合国法律年鉴》，在其中刊印这些资料及同类资料，以便形成易于查阅的永久性当代国际法发展的记录”)有些时候，个别国家政府或私人出版了国家政府关于国际法委员会案文草稿的评论(例如，“某些国家政府关于 1955 年联合国国际法委员会第七届会议通过的《公海制度暂行条款》和《领海制度暂行条款》的评论”，50 *American Journal of International Law* (1956) 992-1049)，但是，这种做法既不全面，也没有始终如一地得到维持。秘书处现在开始在国际法委员会的网站上为审议的每一个议题，不仅公布就委员会一读产品所收到的评论和意见，而且公布各国政府根据委员会在审议某一议题时提出的要求所提供的其他答复。

⁴⁹ R.Y. Jennings, “The Identification of International Law”, in B. Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice* (Stevens & Sons, 1982) 3, 5(特别提及确定法律确信问题)。另见 B. Graefrath, “The International Law Commission Tomorrow: Improving Its Organization and Methods of Work”, 85 *American Journal of International Law* (1991) 595, 606(如今，国家惯例和法律活动十分广泛，技术性极强，信息又十分众多而分散)；Mersky and Pratter, *supra* note 30, at 304(“现实情况是，国家惯例证据的记录分散在与国际法本身一样浩瀚的整个文献之中”)；R.F. Gaebler, A.A. Shea (eds.), *Sources of State Practice in International Law*, Second Revised Edition (Brill Nijhoff, 2014) 4(实现涵盖面的全面性犹如一个日益渺茫的目标)。

⁵⁰ 欧洲委员会部长委员会 1968 年通过(第(68) 17 号决议)并于 1997 年修订(第 R (97) 11 号建议)关于国际公法领域国家惯例的文件分类示范计划是一个例外，在这方面值得一提：见 L. Caflisch, “The CAHDI Model Plan for the Classification of Documents Concerning State Practice in the Field of

46. 此外，尽管现在有大量资料，但是对国家惯例的涵盖面依然有限，因为许多正式文件和说明政府行动的其他文件依然没有公布，因而无从查考。⁵¹ 有时候，这种现象反映出一种政治选择，⁵² 但更多时候，这是出于一种简单的事实，即系统性地公布国家惯例“需要大量资源，在较长时期内持续公布全面资料的国家为数不多”。⁵³

47. 正如有人撰文指出，

“在一个如此严重依赖习惯国际法、因而也依赖国家惯例作为习惯国际法证据的法律体系中，若要法治能在国际事务中得以盛行，就必须改进便于广泛查考这种惯例的方式和方法。国际法委员会充分认识到可广泛查考国家惯例的重要性，其[1950年的]报告大力促进这方面的行动。但是，现在有两种新的情况威胁到充分实现国际法委员会1950年提出的目标：第一，关于诸多方面国际法和国际关系的可查考资料激增；第二，此种资料积累、储存和分发的成本不断上升。随着近年来全球信息技术的革命性发展所产生的更大影响，国际法委员会1950年报告所涵盖的专题可能再次引起人们的重视。”⁵⁴

48. 在超过六十五年之后，并考虑到1949/1950年以来该领域已经发生重大变化，国际法委员会再次审议使习惯国际法的证据更易于考察的方式和方法，可能的确

Public International Law”, in Council of Europe (ed.), *The CAHDI Contribution to the Development of Public International Law: Achievements and Future Challenges* (Brill Nijhoff, 2016) 12-18.

⁵¹ 另见 M. Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, 47 (1977) 1, 13 (“许多国家惯例证据藏匿于未公布的档案中。因此，人们完全不能以绝对的方式、而只能以相对方式证明一项习惯法规则——人们只能证明，可查考到的大多数证据支持被指称的规则”）。

⁵² 并见 Treves, *supra* note 46, at para. 79 (“一些行事诡秘的国家，有大国，也有小国，都不愿意说明各种形式的惯例，而且存在有选择性地提供文件现象，这反映出在以下两个方面之间的政治选择：一方面是希望避免受到批评，并易于违背早先的惯例，另一方面是希望发挥领导作用，并对习惯法进程产生影响”）。

⁵³ M. Wood, O. Sender, “State Practice”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014), para. 30. 另见 L. Ferrari Bravo, “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, 192 *Recueil des Cours* (1985) 310; S. Sur, “Sources du droit international——La coutume”, 118 *Juris Classeur du Droit international* (fasc. 13) (1989), para. 57. 但是，见 Treves, *supra* note 46, at para. 78 (“有人指出，国家惯例汇编提供的是一种不平衡的观点，因为它们阐述为数有限的主要大国的惯例。虽然这种看法存在某些道理，但也必须强调指出，主要大国与大多数其他国家有关系往来，因此，至少在一定程度上，几乎所有国家的惯例都在这些汇编中得到了反映。此外，近期以来，开始出现了一些小国和第三世界国家惯例的汇编和期刊”）。

⁵⁴ A. Watts, *The International Law Commission 1949-1998*, Vol. III (Oxford University Press, 1999) 2106. Briggs 也表示，“正如第 24 条法文文本指出，国际法委员会并不局限于在这一领域提出一份单一的报告”：Briggs, *supra* note 34, at 206.

是很有助益的；这可以给试图识别习惯国际法规则的存在和内容者带来很大帮助。若干国家 2015 年在第六委员会发言时，已经对这项工作表示支持。

49. 特别报告员欢迎国际法委员会成员就是否应该或者应该如何重新审议这一事项发表看法。不管怎样，作为一项初步措施，特别报告员建议请秘书处更新作为其 1949 年备忘录组成部分的“习惯国际法汇编和摘要汇编一般性调查”，并酌情将其建议包括在内，从而说明现有的证据。⁵⁵

五. 今后的工作方案

50. 有人建议，委员会关于这一议题的最后成果可以包括三个组成部分：一套结论，以及评注；关于使习惯国际法的证据更易于考察的方式和方法的进一步审查意见；参考书目。

51. 如果委员会能够在第六十八届会议(2016 年)上完成结论草案和评注的一读，2018 年就可以进行二读。在第六十八届会议之后，各国(和其他方面，包括国际组织)将有充分时间审议一读草案并提出评论意见。应该邀请各国和国际组织至迟于 2018 年 1 月 31 日向委员会提交关于结论草案和评注的书面评论。希望各国还能在 2016 年第六委员会辩论期间提出初步看法。

52. 使习惯国际法的证据更易于考察的方式和方法问题，可以在委员会第六十八届会议结束之后和 2018 年届会之间的时期进行审议，以期修订有关这一事项的产出。开展这项工作时，可以参考上文第 49 段提议的秘书处备忘录，以及各国、有关国际组织、非政府组织和学术机构的建议。

53. 特别报告员正在编制关于这一议题的参考书目草案，将首先在第六十八届会议上非正式分发给委员会成员。有人建议，根据成员们提出的建议对参考书目作修订之后，将其作为本报告的附件分发。然后，将在 2018 年底之前对其进行修订，确保这是最新的资料、具有代表性，而且便于使用。开展这项工作时，可以参考委员会成员、各国、国际组织、学术机构和其他机构的建议。

⁵⁵ 同 1950 年一样，现在的情况可能依然是，“不可避免，委员会的作用必须……限于进行引导。[使习惯国际法的证据更易于考察的]实际工作必须由各国政府、秘书处和个人独立或共同开展。此外，如果没有各国政府的合作，至少是开放其档案，就很难取得多大成果”：C. Parry, “[Review:] Ways and Means of Making the Evidence of Customary International Law more Readily Available: Preparatory Work within the purview of Article 24 of the Statute of the International Law Commission (Memorandum submitted by the Secretary-General)”, 3 *International Law Quarterly* (1950) 462, 463。

附件

结论草案难拟议修正案

中间划线的是建议删除的措辞；粗体字是建议增加的内容。

结论草案 3

评估两要素的证据

[……]

2. 两要素中的每一要素都必须单独予以确定。这需要评估每一要素的证据。

结论草案 4

惯例的要求

1. 一项一般惯例作为习惯国际法的一个构成要素，它必须首先是有助于形成或表述或创立习惯国际法规则的国家惯例。
2. 在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述或创立。
3. 其他行为体的行为不能作为促进习惯国际法规则形成或表述或创立的惯例，但在评估第 1 段和第 2 段所指的惯例时可能相关。

结论草案 6

惯例的形式

[……]

2. 国家惯例的形式包括但不限于外交行为和往来公文；与国际组织通过的决议或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；执行行为，包括“实地”业务行为；立法和行政行为；和国家法院的判决。

[……]

结论草案 9

接受为法律(法律确信)的要求

1. 一般惯例作为习惯国际法的一个构成要素被接受为法律(法律确信)，意味着在采用该惯例时已经必须同时考虑到法律权利或义务的问题。

[……]

结论草案 12

国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议本身并不能创立习惯国际法规则。
2. 国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议可能为证明一项习惯国际法规则是否存在及其内容提供证据，或有助于其发展。

[……]
