

第七章

习惯国际法的形成与证据

A. 引言

63. 委员会第六十四届会议(2012年)决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入其工作方案,并任命迈克尔·伍德爵士为特别报告员。³⁸⁰在同届会议上,委员会收到特别报告员的说明。³⁸¹亦在同届会议上,委员会请秘书处编写一份备忘录,说明委员会此前的工作中可能与此专题尤为相关的要素。³⁸²

B. 本届会议审议此专题的情况

64. 在本届会议上,委员会收到特别报告员的第一次报告(A/CN.4/663)以及秘书处就该专题编写的一份备忘录(A/CN.4/659)。委员会在2013年7月17日至25日第3181次会议至第3186次会议上审议了该报告。

65. 委员会在2013年7月25日第3186次会议上决定将专题的名称改为“习惯国际法的识别”。

1. 特别报告员介绍第一次报告

66. 第一次报告本质上属于导论性质,其目的是为今后有关本专题的工作和讨论奠定基础,并笼统介绍了特别报告员为本专题建议的方针。该报告简要介绍了委员会此前开展的与本专题有关的工作概况等,并着重强调了代表们在大会第六十七届会议期间在第六委员会上发表的意見。该报告还讨论了本专题的范围和可能成果,并审议了与习惯国际法作为法

³⁸⁰ 在2012年5月22日其第3132次会议上(见《2012年……年鉴》,第二卷(第二部分),第157段)。大会在2012年12月14日第67/92号决议第7段中赞赏地注意到委员会决定将该专题列入其工作方案。在委员会第六十三届会议(2011年)上,该专题已按委员会在其关于该届会议的工作报告附件一所载的提议(《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第365-367段,和附件一)列入其长期工作方案。

³⁸¹ 《2012年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/653号文件。另见同上,第二卷(第二部分),第157-202段。

³⁸² 同上,第二卷(第二部分),第159段。

律渊源有关的一些问题。随后,该报告介绍了要考查的材料范围,并概述了对委员会今后有关该专题的工作建议的方案。

67. 特别报告员介绍其报告时指出,在审议本专题时,考虑到世界所有法律制度和所有区域的国家的实践十分重要,在委员会和其他机构之间以及与更广泛的学术界交换意见十分有益。特别报告员还认为,秘书处为介绍委员会此前的工作中可能与本专题尤为相关的要素而编写的备忘录大有帮助。具体而言,备忘录中的意见和解释性说明将构成委员会今后工作的重要参照点。

68. 特别报告员充分认识到这一专题涉及的复杂性和谨慎从事的必要性,以特别确保习惯进程中的灵活性得以保留。他回顾说,本意既不是要审议习惯国际法的实质内容,也不是要解决关于习惯法依据的纯理论争议。相反,特别报告员转而建议委员会侧重于就识别习惯国际法规则问题拟定结论,并附加相关评注。预计这样的结果将切实有助于法官和律师,尤其是那些不太熟悉国际公法的法官和律师。

69. 鉴于特别报告员建议侧重于识别习惯规则的方法,也由于本专题目前的标题提及“形成”导致人们对于本专题的范围产生一些困惑,因此特别报告员建议将标题改为“习惯国际法的识别”。即使更改了标题,建议委员会开展的工作仍将包括审查形成习惯国际法规则的要求以及此类规则的实质性证据。要确定某一习惯国际法规则是否存在,这两个要素必不可少。特别报告员进一步重申,他倾向于不在本专题的范围内处理强行法。

70. 关于习惯国际法作为国际法的渊源问题,特别报告员首先转向《国际法院规约》第三十八条第一款,因为该款是国际法渊源的权威表述。特别报告员随后讨论了习惯国际法和国际法其他渊源之间的关系。特别报告员指出,习惯国际法与条约的关系是一个具有重大实际意义的问题,但也指出,这

是一个人们相对较为了解的问题。在他看来，习惯国际法和一般法律原则之间的关系则不那么明显，需要委员会详加审查。他提请注意使用连贯一致的术语的重要性，进一步建议列入一项关于使用术语问题的结论。

71. 报告还提供了与审议该专题有关的材料的说明性清单。尽管该清单无意做到穷尽无遗，但列出的材料被认为能够体现处理习惯国际法的形成和证据所使用的一般方针。在初步审查了某些关于国家实践的材料以及国际法院和其他法院与法庭的案例法之后，特别报告员初步指出，尽管存在一些不一致的地方，但审阅的几乎所有材料都强调，要形成一条习惯国际法规则，既要有国家实践，也要有法律确信。他进一步指出，其他机构（例如国际法协会、国际法学会和红十字国际委员会）就这一专题开展的工作以及随后的辩论和文章引人注目。

72. 特别报告员指出，在报告中加入两项结论草案确认了他对委员会工作成果的形式想法，但现在就将结论草案提交起草委员会为时过早。相反，他希望开展非正式磋商，以就该专题的标题以及是否处理强行法问题达成共识。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

73. 委员们普遍同意，委员会的工作可为识别习惯国际法规则的进程提供有益的启示。委员们广泛支持制定一系列附加评注的结论。这一实际成果将用以指导那些不专门研究国际公法的律师和法官。委员们强调，尽管各种条约层出不穷，国际法的若干领域已经编纂为法律，但习惯国际法依然十分重要。同时，委员会的普遍看法是，就这一专题开展的工作不应作过多硬性规定，因为习惯进程的灵活性依然至关重要。在这方面，委员们还强调，习惯国际法的形成是一个持续的过程，并不因为一条规则的出现而停止。

74. 一些委员评论说，有必要查明委员会能够就这一专题提供的增值，并在这一专题工作与委员会先前的工作以及其他实体的工作之间加以区分。在这方面，委员们表示，有必要在委员会的工作与国际法协会开展的类似工作之间加以区分，并阐明委员会将解决哪些处理方面的空白。

75. 一些委员注意到这一专题所固有的复杂性和难度，认为识别习惯国际法方面存在的模糊性已然引发法律不确定性和不稳定性，以及关于一条习惯国际法规则是否存在的机会主义的或恶意的争论。因此，为阐明使用何种程序识别一条习惯国际法规则而建议开展的工作受到普遍欢迎。

(b) 专题的范围

76. 一个引发了与范围有关的问题的初步事项是专题的标题。若干委员同意特别报告员提出的将“习惯国际法的形成与证据”改为“习惯国际法的识别”的提议，不过也有若干委员表示支持保留现有的标题。另一些委员则建议了其他的标题，包括“习惯国际法的证据”和“习惯国际法的认定”。还有人认为，由委员会解决与“形成”有关的理论问题不恰当，因此应将其从标题中删除。最终，委员们普遍认为，即使更改了标题，也依然有必要在专题的范围中同时涵括习惯国际法的形成与证据这两个方面。

77. 普遍同意，委员会工作的主要侧重点应当是阐明识别习惯国际法形成和证据方面所使用的共同方针。然而，对“形成”和“证据”的审议应给予的相对权重引发了争论。一些委员怀疑，与习惯国际法的形成有关的十分学术或理论性的问题对于委员会在这一专题方面的工作是否必要或相关。有一种观点认为，形成和证据是截然相反的概念，因为前者是指随着时间的推移而发生的动态过程，而后者是指法律在某一时刻的状态。另有若干委员认为，不可能将形成的过程与识别某一规则是否存在所需的证据区分开来。

78. 若干委员赞同不在本专题范围内对强行法加以研究的提议。一些委员指出，强行法在形成和证据方面有其自身的特性。识别某一习惯国际法规则是否存在与这样一条规则是否还具备不受条约克减的附加特征，是两个不同的问题。还有人指出，已经提出了将强行法单列为一个新专题的提议。另一些委员表示，应在本专题下处理强行法问题，因为这两个概念之间有密切的相互联系，应加以研究。一些委员表示，如能够处理国际法渊源（包括条约法和强行法）的层级关系问题，将是有益的。

79. 若干委员赞同特别报告员提出的研究习惯国际法与一般国际法原则和一般法律原则之间的关系提议。有人指出，委员会应努力说明各个概念之

间复杂而不清晰的关系。在这方面，一些委员指出，有时无法区分一般国际法原则和习惯国际法。至于一般法律原则和习惯国际法，委员们也发表了类似的观点。同时，一些委员认为，应剔除涉及一般原则和一般国际法原则，但与习惯国际法无关的宽泛问题，因为研究此类问题将使本专题过于宽泛。

80. 委员们普遍支持研究习惯国际法和条约法之间的关系。在这方面，有人回顾说，人们公认，条约可汇编、明确或产生习惯国际法规则。还有一种观点认为，一条习惯国际法规则可以和一条相同的条约规定并行存在。委员们还表示支持研究仅有极少数缔约国的多边公约对习惯国际法的影响。有人指出，研究习惯国际法与条约法之间的关系应留待本专题工作的后期进行，因为首先需要对习惯国际法的构成要素开展透彻的分析。

81. 委员们还建议审议习惯国际法和国际法其他渊源（包括单边宣言）之间的关系。一些委员建议对不具约束力的文书或准则与习惯国际法的形成与证据之间的相互影响加以分析。

82. 一些委员表示支持研究区域习惯国际法，尤其需重点研究区域习惯国际法和一般习惯国际法之间的关系。作为审议这一关系的工作的一部分，有人建议委员会研究区域实践，包括相关司法决定、协定和法规。在这种情况下，有人指出，可能难以区分区域组织的实践和单个国家的实践。

(c) 方法学

83. 委员们广泛支持特别报告员提出的同时审议习惯国际法两大形成要素的提议。这两大要素是：使得一条习惯国际法规则存在的要素，和证明此类要素存在所需的必要标准。在这方面，委员们还普遍支持应侧重于识别习惯国际法规则的实际过程，而不是此类规则的内容的提议。不过，有人表示，不可能将初级规则的实质内容与对相关次级规则的分析完全区分开来。另一种观点认为，侧重查明规则的方针需辅以初级规则示例对其进行支持。

84. 委员们还广泛支持特别报告员关于仔细研究国家实践和法律必要确信——习惯国际法公认的两大构成要素的建议。若干委员指出，查明习惯法规则必须以对国家实践的评估为基础，同时适当考虑到此类实践的通用性、连续性和代表性。委员们同意，并非所有的国际行为都具有这方面的法律意义，尤

其是礼让或礼遇之举。同样，一些委员表示，某些国家立场可能并不反映法律确信，尤其是一个国家这样表示时。若干委员评论说，查明必要的国家实践和（或）法律确信是否存在是一个困难的过程。有人指出，作为和不作为均有可能体现法律确信。

85. 有人提请注意，有必要仔细研究这种“双重要素”方针的时间问题，尤其是法律确信是否可能先于国家实践，以及一条习惯国际法规则是否可能在短期内出现。委员们还提到确定给予国家实践和法律确信的相对权重的用处。在这方面，有人表示，委员会就这一专题开展的工作对于弥合“传统”和“现代”习惯国际法方针可能至关重要。另一些委员则认为，尽管有必要分析习惯国际法的各种不同方针，但用“传统”和“现代”这种字眼对这些方针进行归类没有必要，或具有误导性。

86. 若干委员同意，委员会应努力制定一项共同的、统一的识别习惯国际法规则的方针，因为这类规则出现在一个单一的、相互关联的国际法律体系中。另有若干委员认为，不应采取涵盖全体系的或单一的方针，因为识别规则的方针可能因为国际法实质领域的不同而有所不同。有人认为，给予国家实践或法律确信的证据的相对权重可能因为领域的不同而发生变化。在这方面，有人表示，某些材料在国际法不同领域被给予了不同的份量。有人尤其表示，在某些领域，“软法”可在习惯国际法的形成过程中发挥更大的作用。

87. 一种观点认为，特别报告员建议的方针没有充分考虑到习惯国际法形式上的渊源和实质渊源之间的区别。还有人表示，特别报告员建议纳入《国际法院规约》所载的“国际习惯”定义可能是错误的。一些委员表示，习惯国际法的定义应考虑《国际法院规约》第三十八条第一款（丑）项，特别是因为该项所确定的组成要素被广泛援引并得到广泛接受，但委员会制定的定义应当主要侧重于让习惯国际法具有约束性的那些核心要素。

88. 一些委员还强调，有必要处理如何确定某一习惯国际法规则已过时的程序。

89. 一些委员建议委员会审查其他行为方在习惯国际法形成过程中的作用。具体而言，有人表示，应当审查自成一格的国际法主体（例如红十字国际委员会）的裁决所具有的潜在司法价值。有人认为，

在某些领域，这类行为方和利益集团在习惯国际法的发展及发展速度方面发挥着重要作用。而另一种观点则认为，给予某些非政府组织的裁决的权重应当比给予国家实践或宣言的权重轻。

(d) 应参考的材料范围

90. 委员们普遍支持特别报告员建议参考的材料范围。不过，有人表示，应当在给予不同材料的相对权重之间作出区分。

91. 委员们广泛支持仔细审查国家实践。有人认为，应当审查世界各地的国家实践材料；不过也有人指出，遗憾的是，并不是所有国家都公布这一领域的国家实践调查。有人表示，某些地区的国家实践可能较为有限，因为并非所有国家都参与了某些习惯国际法规则的形成。若干委员建议委员会研究国家法院的决定、国家官员的发言以及国家行为。有人认为，委员会应当仔细审议国家的实际行为，尤其是国家实际行为与国家声明相矛盾时。还有人提请注意国家在国际性法院和法庭上的辩词，因为这些辩词可能表明在习惯国际法的形成和证据方面的立场。此外，如有可能，有人建议委员会审议各国政府法律顾问的分析报告，以及各国秘密交换意见的相关性。

92. 关于国家法院的判例，若干委员同意，应当谨慎处理此类案件，并仔细审查其一致性。有人表示，国家法院应用习惯国际法的方式受国内法的影响，国内法官未必熟悉国际公法。

93. 委员们普遍支持审查国际、区域和次区域法院的判例的提议。若干委员特别支持对国际法院的判例进行分析。一些委员认为，国际法院的判例可被视为习惯国际法规则形成与证据的主要材料来源，因为国际法院是联合国的主要司法机关，它在此类问题上的权威地位受到公认。有人认为，虽然咨询意见不具约束力，但也值得审议。若干委员还强调，有必要分析其他国际法院和法庭的判例，特别是因为某些法院和法庭在评估习惯国际法方面采用了不同的方针。

94. 有人认为，委员会应谨慎从事，勿过于重视判例，因为法院和法庭负责解决具体纠纷，而不是制定统一的国际法律标准或程序。一些委员还表示，各法院和法庭在做法上的显著差异实际上可能只是行文方面的不同。

95. 委员们普遍认为，国际组织和区域组织的实践的作用值得审议。有人提请注意此类组织的决议、宣言、建议和决定作为国家实践和法律确信两方面潜在证据的价值。然而，有人表示，应当给予国际组织中的政府间机关的实践以较重的权重。

96. 一些委员认为，在有关本专题的工作方面，委员会对于“法”的概念不应过于狭隘。具体而言，有人指出，“软法”准则在习惯国际法的出现中发挥了作用。

97. 有人认为，国际法学家的著作将为这一专题提供有益的启示。有人提请注意作者们广泛支持使用“双重要素”方针处理习惯国际法，但也有批评家倡导其他方针。

(e) 今后有关本专题的工作

98. 普遍认为委员会应产生一项有益于从业者和法官的切实成果。然而有人回顾说，委员会的任何成果都不应影响习惯进程的灵活性或者今后关于习惯国际法的形成与证据的进展。

99. 委员们还普遍支持特别报告员建议的五年期工作计划。然而，若干委员认为，这项工作计划的目标过高，考虑到本专题所固有的难度，可能不可行；不过也有人指出，侧重实际问题的提议使得该工作计划可能可行。此外，委员会请各国不迟于2014年1月31日回复委员会征集本专题有关实践资料的请求这一建议一般而言受到欢迎。有人认为，迄今缺乏各国提供的实践令人遗憾。

100. 若干委员表示支持编制所有语文的术语表，从而努力建设对术语的统一理解和使用的提议。委员们强调了这项工作的潜在实际用途。另一些委员认为，严格的术语词汇表可能并不可取，因为类似“国际法规则”这样一个一般短语可能并不能充分反映习惯国际法的全部内容。除规则之外，习惯国际法还包括原则和准则。另一种观点认为，一个词汇表或术语表可能并不能够实现我们所希望得到的清晰度，因为很难说某些术语得到了连贯一致的使用，而其他的术语则没有。还有人提请注意，委员会自身在识别习惯国际法规则时使用的术语和标准就不一致。

3. 特别报告员的总结

101. 特别报告员指出，人们普遍同意，本专题工作的成果本质上应是务实的。在这方面，人们广泛支持编写一套附加评注的结论。他还注意到，委员们普遍支持“二因素”方法，即为识别习惯国际法，既需要评估国家实践，又需要评估法律确信，同时承认这两个因素可能有时“紧密纠缠在一起”，每一因素的相对权重可能会依不同情况而有所变化。

102. 委员们似乎还支持统一或共同的习惯国际法识别方法。

103. 关于专题的范围，人们似乎广泛支持研究习惯国际法与国际法其他渊源（包括条约法和一般法律原则）的关系。人们还对审议区域性习惯国际法表示了广泛的兴趣。关于强行法，特别报告员注意到人们普遍同意不应作为本专题的一部分详细讨论该问题。

104. 关于人们对他强调术语明晰性所表示的关切，特别报告员表明，他的根本意图是提高论证的明

晰度。他补充说，在这方面，委员会多年来在国际法的很多领域实现了一定程度的术语明晰性和统一性。同时，需要在明晰性和灵活性之间取得平衡。

105. 特别报告员意识到他关于2016年前完成本专题工作的建议未必可行；必须有充足时间在委员会、第六委员会和更广泛的国际社会内进行调查、研究和思考。他解释说，建议日期应仅被视为一个目标日期，不意味着以不当速度仓促行事。

106. 关于变更本专题标题的建议，特别报告员注意到非正式磋商讨论了这一问题。已就该标题的各种正式语文表述达成了共识，包括英文“*Identification of customary international law*”和法文“*Détermination du droit international coutumier*”。特别报告员建议对标题做出相应变更。

107. 特别报告员欢迎关于发表国家实践的重要讨论，并表示拟定一份现有文摘和出版物的全面列表将是一个良好的开端。人们还普遍支持再次呼吁各国提供关于其识别习惯国际法的方法的资料。