

第六章

习惯国际法的识别

A. 引言

55. 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”专题列入工作方案，并任命迈克尔·伍德先生为特别报告员。⁷⁰ 在该届会议上，委员会收到特别报告员的说明(A/CN.4/653)。⁷¹ 在同届会议上，委员会还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。⁷²

56. 委员会第六十五届会议(2013年)审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/663)以及秘书处关于该专题的一份备忘录(A/CN.4/659)。⁷³ 在该届会议上，委员会决定将专题标题改为“习惯国际法的识别”。委员会第六十六届会议(2014年)审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/672)。⁷⁴

57. 委员会在对特别报告员的第二次报告进行辩论后，在第3227次会议上决定将特别报告员第二次报告所载结论草案1至11转交起草委员会。在委员会第3242次会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的临时报告，其中载有起草委员会在第六十六届会议期间暂时通过的八条结论草案。

B. 本届会议审议此专题的情况

58. 委员会本届会议收到特别报告员的第三次报告(A/CN.4/682)。委员会在2015年5月13日至21日第3250至3254次会议上审议了该报告。

⁷⁰ 在2012年5月22日举行的第3132次会议上(《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，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工作方案。委员会第六十三届会议(2011年)按照委员会报告附件A所载的建议(《大会正式记录，第六十六届会议，补编第10号》(A/66/10)，第305-314段)将该专题列入长期工作方案。

⁷¹ 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第10号》(A/67/10)，第157-202段。

⁷² 同上，第159段。

⁷³ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第64段。

⁷⁴ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第135段。

59. 委员会在 2015 年 5 月 21 日第 3254 次会议上，将特别报告员第三次报告所载结论草案转交起草委员会。⁷⁵

⁷⁵ 特别报告员在其第三次报告(A/CN.4/682)中提议的结论草案案文读作如下：

结论草案 3[4]

评估两要素的证据

.....

2. 对每一要素都必须单独予以确定。这一般需要评估每一要素的具体证据。

结论草案 4[5]

惯例要求

.....

3. 其他非国家行为者的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例。

结论草案 11

接受为法律的证据

.....

3. 不作为也可成为接受为法律的证据，条件是相关情况要求做出某种反应。

第五部分

特定形式的惯例和证据

结论草案 12

条约

如果确定所涉条约规定符合以下条件，则该项规定可反映或最终反映习惯国际法规则：

- (a) 在订立条约时编纂现有的习惯国际法规则；
- (b) 导致正在出现的新习惯国际法规则定型；或
- (c) 导致被接受为法律的一般惯例，从而产生新的习惯国际法规则。

结论草案 13

国际组织和会议的决议

在某些情况下，国际组织或国际会议上的决议可作为习惯国际法的证据或对其发展作出贡献；这些决议自身不构成习惯国际法。

结论草案 14

司法裁决和论著

司法裁决和论著可用作识别习惯国际法规则的辅助手段。

第六部分

习惯国际法规则的普遍适用的例外

结论草案 15

特别习惯

1. 特别习惯是只能由并针对某些国家援引的习惯国际法规则。

60. 在委员会 2015 年 7 月 29 日第 3280 次会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会关于“习惯国际法的识别”的报告，其中载有起草委员会在第六十六和第六十七届会议期间暂时通过的第 1 至第 16 [15]条结论草案。⁷⁶在 2015 年 8 月 6 日第 3288 次会议上，委员会注意到第 1 至第 16 条结论草案。预计委员会将在下届会议上考虑暂时通过这些结论草案及其评注。该报告连同结论草案在现阶段只是作为资料提交给委员会，可在委员会网站上查阅。

61. 在 2015 年 8 月 6 日第 3288 次会议上，委员会为了对习惯国际法作出认定，请秘书处围绕各国法院的判决在具有普遍性的国际法院和法庭的判例法中所起的作用编写一份备忘录。

1. 特别报告员介绍第三次报告

62. 特别报告员在介绍第三次报告时指出，报告试图涵盖 2014 年就两组成要素（“一般惯例”和“被接受为法律(法律确信)”）提出的问题，以及特别习惯和一贯反对者等新问题。第三次报告针对第二次报告提出的结论草案中的三条结论提议了新增段落，并提出了五条新的结论草案，分别列入两个新增部分(第五部分“特定形式的惯例和证据”和第六部分“习惯国际法规则的普遍适用的例外”)。

63. 第三次报告分为九节。第一节是导言，回顾了该专题的历史，特别是委员会之前会议开展的工作，以及第六委员会 2014 年关于该专题的辩论。报告第二节再次探讨了一般惯例与法律确信的关系(结论草案 3 [4]，第 2 段)。第三节涉及不作为被视作惯例和(或)接受为法律的证据的作用(结论草案 11，第 3 段)。第四节和第五节探讨了其他特殊形式的惯例和证据:第四节研究了国际组织和会议的条约和决议的作用(结论草案 12 和 13)，第五节审议了识别习惯国际法规则的两项辅助手段，即司法裁决和论著(结论草案 14)。第六节探讨了国际组织和非国家行为者实践的相关性(结论草案 4 [5]，第 3 段)。最后，报告第七和第八节以不同方式探讨了习惯国际法规则的属人适用，这也是结论草案第六部分的内容。第六部分包含两条结论草案，分别是特别习惯和一贯反对者(结论草案 15 和 16)。

64. 特别报告员在介绍中，对第三次报告编写过程中得到的投入和支持表示感谢，并感谢一些政府就此专题提交的书面材料。他表示，他试图完成将列入该专题最后成果的一套结论草案，请委员们提出任何被忽视的问题。他强调该专题与国际法委员会议程上其他专题的相互联系，并确认应当全面地看待委员会的工作。

2. 要确定一项特别习惯的存在及其内容，必须认定在有关国家之间是否存在一项被其中每个国家接受为法律(法律确信)的一般惯例。

结论草案 16

一贯反对者

在一项新的习惯国际法规则形成过程中，一国若对此规则一贯表示反对，则只要该国维持其反对立场，便不受该规则约束。

⁷⁶ 起草委员会主席的发言的附件载有起草委员会暂时通过的 16 条结论草案，可从委员会网站上查阅：<http://legal.un.org/ilc>。

65. 特别报告员忆及，应委员会的要求，他在第三次报告中再次探讨了一般惯例与法律确信的关系。他在报告中得出结论称，在试图确定一项习惯国际法规则是否已经出现时，每次都需要单独考虑并核实每项要素的存在，这通常需要针对每个要素评估不同的证据。另一点是，在识别是否存在一项习惯国际法规则时，重要的是两要素必须都存在，而不是其出现的时间顺序。最后，报告指出，对国际法的不同领域而言，两要素方法的适用可能有所不同，在某些情况下，惯例的某种形式(或某些情形)，或其被接受为法律的某一证据可能比其他形式(情形)或证据更具有相关性。

66. 特别报告员还再次探讨了不作为问题，特别是他对一般惯例的可能贡献以及作为接受为法律的证据的可能作用。他强调，虽然不作为在某些情况下对确立一般惯例至关重要，但是不作为可以发挥作用的情形未必明显。特别报告员补充道，当相关情况要求作出某些反应时，不作为可以成为法律确信的证据。这要求所涉国家必须已实际知悉所涉做法，或相关情况必须是有关国家可被视为已实际知悉所涉做法，且不作为需要保持足够长的一段时间。

67. 第三次报告考虑了特殊形式的惯例和法律确信的证据，即国际组织和会议的条约和决议，因为在识别习惯国际法时，常常依赖他们。特别报告员指出，类似考虑还可适用于其他书面文本，例如国际法委员会编写的文件。报告试图提醒，在考虑是否可以依靠这些文本来识别习惯国际法时，需要谨慎，并重申需要考虑并权衡所有相关情况。无论如何，这些书面文本自身不构成习惯国际法。

68. 关于条约和缔约活动的相关性，报告忆及这类书面文件可以与习惯国际法挂钩的三种方式：编纂现有法律、使新出现的法律定型或作为新法律的来源。报告还探讨了多边公约缔约国的惯例以及双边条约可能的相关性。

69. 报告还涉及国家在国际组织或国际会议上通过的决议作为国家惯例或法律确信的证据的相关性问题。特别报告员承认，在某些情况下，这类决议可以对习惯国际法的形成和识别发挥重要作用。决议本身不创立习惯国际法，但是可以为现有的或正在出现的法律提供证据，并产生可能形成新规则的惯例。在此类评价过程中，某项决议使用的具体措词，以及通过所述决议的背景情形至关重要。

70. 报告还接着考虑了识别习惯国际法规则的两项“辅助”(但是很重要的)手段：司法裁决和论著。关于司法裁决，报告既提到了国际法院和法庭的裁决，也提到了国内法院的裁决。报告强调了前者的重要性。国内法院的裁决也可以有影响力，但是必须谨慎对待。报告还确认，论著仍然是识别习惯国际法规则的一个有用的资料和分析参考，不过应当区分旨在反映现有法律(现行法)的论著与反映正在出现的法律(拟议法)的论著。

71. 关于国际组织本身的惯例，报告忆及去年得出的结论，即在某些情况下，国际组织的惯例也有助于习惯国际法规则的形成或表述。特别报告员强调，区分国际组织内各国的惯例与国际组织自身的惯例至关重要。他还强调，应当区分涉及组织内部运作的组织惯例以及该组织与各国及其他方面关系的惯例。此外，建议在结论草案中探讨除国际组织外的非国家行为者的行为。

72. 报告接着提到了“特别习惯”类别，按照特别报告员的解释，这一术语旨在涵盖所谓的“特殊”、“区域”、“地方”或“双边”习惯规则。特别报告员强调，考虑到特别习惯仅对数目有限的国家具有约束力的性质，有必要明确指出哪些国家参与了该惯例并接受其为法律。因此，为了确定是否存在这样一个习惯，需要查明有关国家之间是否存在每一国家均将之接受为法律(法律确信)的一般惯例。

73. 报告还提到了一贯反对者规则，即一国若坚持反对正在出现的新习惯法规则，并在该规则定型后继续反对，则不受其约束。特别报告员强调，判例、委员会之前的工作以及文献中都确立了该规则，特别报告员强调，探讨该规则至关重要，除其他外，有利于澄清其严格要求。

2. 辩论摘要

(a) 一般评论

74. 委员会委员重申对特别报告员采用的两要素方法的支持。普遍同意该专题的结果应当是一套附带评注的简单、实用的结论，以便帮助从业者识别习惯国际法规则。委员们提醒要避免过于简化，指出进一步的说明将对条款草案有利。

75. 委员们就专题的范围交换了意见。委员会的一些委员指出，该专题应当更加深入地探讨习惯国际法规则的形成。根据这一意见，专题名称的改变目的不是影响专题的侧重点。另一些委员则认为，结论草案应当仅限于这类规则的识别问题，不应涉及规则的形成问题。在这方面，有人指出该专题涉及特定时点的习惯规则的识别，不影响该规则以后的演变。另一种意见是，虽然这一专题侧重于识别，但这不排除对与识别相关的形成问题进行审议。

(b) 两组成要素之间的关系

76. 委员会的部分委员同意这一结论，即虽然两要素都必须存在，但是对不同领域或不同类型的规则而言，两要素方法的适用可以有所不同。不过，他们认为，对所有不同领域必须维持一个统一标准。委员会的一些委员指出，两要素的适用不一致，进一步探讨不同领域两要素的各自权重将对该专题有利。

77. 委员们表示支持这一结论：对每一要素都必须单独予以确定，这一般需要评估每一要素的具体证据。一些委员强调，单独评估两要素并不意味着同一材料不能同时作为两个要素的证据。

78. 关于习惯规则的两要素之间的时间关系，有人认为实践应当先于法律确信，但另有人认为，两要素之间没有必然的顺序。

(c) 不作为被视作惯例和(或)接受为法律(法律确信)的证据

79. 虽然第三次报告中关于不作为对识别习惯国际法规则相关性的分析普遍得到认同，但是委员会的一些委员指出，在实践中很难为此目的对不作为定性。一些委

员表示，需要明确不作为具有相关性的具体情况，特别是在评估是否被接受为法律（法律确信）时。委员们建议，在结论草案的案文中指出构成不作为的具体标准。

80. 报告中列举的不作为被视作接受为法律的证据的标准在委员会内部得到了广泛支持。一些委员表示，相关情况应当要求所涉国家作出反应，国家必须实际知悉相关实践，且不作为必须维持足够长的一段时间。不过，关于在这种情况下，不作为是否等同于默认，委员们意见不一。另有人补充说，重要的是确定特定情形下的不作为是否可认为等同于法律确信。

(d) 条约和决议的作用

81. 报告中就条约作为习惯国际法证据的作用得出的结论得到了许多委员的支持。一些委员建议先不提条约对习惯规则的形成的作用，而只关注条约的证据价值。有人表示，就本专题而言，习惯规则的定型与通过一项条约产生新规则没有区别。此外，建议探讨《维也纳条约法公约》第三十八条。一些委员强调，并非所有条约规定在作为习惯国际法规则的证据方面都具有同样的相关性，只有“具备根本的规范制定性质”的条约规定才能产生习惯国际法规则。

82. 委员们强调，为确定条约规定作为习惯国际法规则证据的相关性制定标准至关重要。一些委员指出，“特别受到影响的国家”这一概念不可接受，另一些委员则认为，条约缔约方的地域分布可以作为实践具有普遍性的证据。

83. 关于国际组织或在国际会议上通过的决议的证据价值，存在许多不同意见。一些委员认为，这类决议，尤其是联合国大会的决议在某些情况下可以被视为习惯国际法的来源。委员会的不少委员认为，在任何情况下，都应当谨慎地评估这些决议的证据价值。强调了应考虑的一系列因素，例如组织的组成、通过决议时采用的表决和程序以及决议的宗旨等。还有人指出，国际会议上通过的决议的相关性取决于参加该会议的国家。

84. 委员会委员普遍认为，国际组织和会议的决议本身不能构成存在习惯规则的充分证据。一种意见认为，在某些情况下，决议有可能构成存在习惯国际法规则的证据。他们指出，这类决议的证据价值取决于一般惯例和法律确信等其他佐证证据。委员们指出，要想依赖一项决议(不过，该决议可以作为证据)，必须单独评估该决议中的规定是否得到了被接受为法律(法律确信)的一般惯例的支持。

(e) 司法裁决和论著

85. 委员会委员欢迎这一结论：司法裁决和论著对识别习惯国际法规则具有相关性。委员们就司法裁决和论著分别发挥的具体作用交换了意见。委员们指出，二者特性不同，因此应当在不同的结论中分别述及。委员们还指出，它们的重要性不能一概而论，应当逐案考虑。

86. 委员会的一些委员强调，司法裁决特别重要，不能被视为次要或辅助证据。一些委员强调了国际法院的核心重要性，另一些委员则表示，其他法院和法庭的判决不容忽视，国际法官的个别不同意见也很重要。委员们就国内法院裁决的相关性交

换了意见。一些委员认为，出于识别习惯国际法规则的目的，这些裁决必须被列入“司法裁决”类别。不过，委员会的另一些委员则认为必须单独探讨这类裁决，谨慎评价它们的作用。

87. 有人指出，特别报告员提出的“论著”一词过于宽泛，应当加以限定。委员会的一些委员还称，选择相关论著时不能偏向特定区域的作者，必须具有全球性。

88. 好几名委员申明，国际法委员会作为联合国大会的附属机构，担负着促进国际法逐渐发展及编纂的任务，委员会的工作不可与公法学者的“论著”或教导等同视之。

(f) 国际组织和非国家行为者的相关性

89. 关于国际组织惯例的相关性，委员会内部意见不一。具体地说，一些委员指出，这类惯例可以有助于习惯国际法规则的形成和表述，必须强调国际组织惯例在某些领域的重要性。另一些委员强调，国际组织的惯例只有在反映了成员国的惯例或信念，或催生国家惯例时，才具有相关性，但是国际组织的惯例本身对评价一般惯例不具有相关性。一种意见认为，所提议的结论草案案文未能处理关键问题，例如国际组织的不作为是否可算作惯例，国际组织的惯例和法律确信是否两者都需要，国际组织帮助确立的规则只是对国际组织有约束力，只是对国家有约束力，还是对两者都有约束力等。

90. 特别报告员提出的关于其他非国家行为者的行为不是习惯国际法的形成或识别方面的惯例的结论草案得到了好几名委员的支持。“其他非国家行为者”一词被认为不完全明确，因为国际组织是由国家组成的。一些委员认为该提议过于严格，特别是考虑到某些非国家行为者例如红十字国际委员会的惯例以及既涉及国家又涉及非国家行为者的活动都很重要。

(g) 特别习惯

91. 委员会就特别习惯问题展开了讨论。一些委员赞成特别报告员提出的结论草案，但是也有一些委员认为，该问题不在本专题范围之内。委员们还就这一特定类别的习惯国际法规则用什么术语最恰当提出了问题，它曾被称为“区域”、“地方”或“特别”习惯。此外，有人建议阐明“区域”一词的概念，并探讨区域习惯的缔约方之间的地域联系问题。

92. 有人强调，必须特别关注默认对识别特别习惯的重要性。一些委员认为，识别特别习惯的标准比识别一般或普遍习惯的标准更严格。而另一些委员则认为，所有习惯国际法规则都应当遵照同样的条件。一种意见认为，提议的结论草案在无任何实践为基础的情况下，设想在没有地理联系、分布广泛的一群国家之间存在着特别习惯，这会就是否存在着这种习惯的问题引发混乱的不同主张，有可能使习惯国际法碎片化。

(h) 一贯反对者

93. 一贯反对者规则一直引起广泛争论。一些委员赞成将该规则列入结论草案,另一些委员则认为这是一个有争议的理论,没有得到足够多国家惯例和判例的支持,可能导致国际法不成体系。有委员建议在评注中列举具体案例,以证实据一些委员认为这个在文献中已被普遍接受的规则。

94. 委员会委员还广泛讨论了适用一贯反对者规则的条件和结果。一些委员表示,无论怎样,即使存在着这样的规则,但该规则不能适用于普遍义务或具有强制性的规则(强制法)。

(i) 今后工作方案

95. 关于该专题的今后工作方案,特别报告员建议研究如何切实加强有关材料的获取便利(这些材料是确定一般惯例及其已被接受为法律依据),该建议受到欢迎。一些委员还建议特别报告员研究习惯国际法随时间变化的问题,以及若干相关问题。

96. 委员会的一些委员表示,必须为委员会完成该专题的工作划拨充裕的时间,该专题的进展不能以牺牲质量为代价。

3. 特别报告员的总结

97. 特别报告员强调,该专题的目的是帮助确定是否存在一项习惯国际法规则以及该规则的内容。就特定时点存在的法律提供咨询的法官、仲裁员和律师,而不是就法律可能如何发展或被发展提供咨询的上述人员,负责这项工作。不过,关于习惯规则如何出现和演变的理解构成了专题背景的一部分,将在评注中提及。

98. 关于涉及两要素间相互关系的各种问题,特别报告员认为关系的时间方面对习惯规则的形成比对识别更相关,不过这是一个需要在评注中涵盖的重要方面。关于两要素方法在不同领域的适用问题,他强调需要考虑证据出现的背景,这需要认真评估每个案件的事实基础及其重要性。最后,关于分别评价两要素的问题,特别报告员注意到委员会内部的普遍共识:在识别习惯国际法规则时,对每一要素都必须单独予以确定。有时被称为“重复计算”的问题发现更有争议。关于这一点,特别报告员作了澄清,说在有些情况下,同样的证据可以用于确定两个要素。重要的是,两要素都必须存在,那些称一个要素广泛存在可以弥补另一个要素缺失的理论不可信。

99. 特别报告员认为,国际组织本身的实践对于识别习惯国际法规则具有相关性这一结论没有争议,因为显然国际组织在它们之间关系方面的实践至少可以产生这类关系中具有约束力的习惯规则。这一结论对于代表其成员国行使职能的国际组织,例如欧洲联盟也很重要。委员会之前工作中确认的这一结论似乎为各国普遍接受。特别报告员强调,国际组织的作用虽然重要,但是不能与国家相比。关于非国家行为者的作用,特别报告员表示,这类实体可能对习惯国际法规则的形成和识别有用,但它们通过促使或记录国家实践和国际组织的实践,而不是通过自身的行为发挥作用。

100. 关于不作为的作用，特别报告员指出，结论草案的相应段落需要反映报告所列条件的本质这一说法值得认真考虑。

101. 关于条约对识别习惯国际法规则的作用，特别报告员在承认多边条约重要性的同时，认为不能将双边条约排除在结论草案之外，即便应当特别谨慎地看待其影响。特别报告员还表示，《维也纳条约法公约》第三十八条对本专题的重要性将在评注中述及，其中将提到“具备根本的规范制订性质”的概念。

102. 特别报告员注意到，关于国际组织和会议的决议的结论草案没有在委员会内部引起特别争议。他承认，即使需要谨慎地提及这类决议，还是可以更加积极地表述它们的作用。

103. 特别报告员指出，需要进一步研拟关于司法裁决和论著的拟议结论草案，且应当在不同的结论草案中分别述及二者。特别报告员同意这一观点，即事实上，司法裁决在决定是否在某个习惯规则的单一进程中发挥作用。他还指出，个别不同意见——虽然在他看来，并非第三十八条第一款(d)项意义下的司法裁决——对本专题也并非不重要。特别报告员表示，他所说的“论著”是指“法学家的论著”。他还指出，需要在评注中反映考虑代表世界不同法律体系的法学家的论著有何益处。

104. 特别报告员注意到，许多同事提出，应就国际委员会的工作单拟一条结论。对于单拟一条结论，他不相信有此必要，而是更倾向于在评注里解释委员会的作用。尽管如此，他仍然希望起草委员会考虑此事。

105. 关于特别习惯，特别报告员确认所有其他结论草案都适用于特别习惯，包括关于条约的结论草案，结论草案 15 另有规定的除外。他补充道，即使理论上不要受这类规则约束的国家之间有地域联系，但是实践中通常有这样的要求。

106. 特别报告员注意到，关于一贯反对者的结论草案 16 得到普遍支持，承认通过在评注中提到实际案例而阐述了该结论草案。他指出，可以向需要识别习惯国际法的法官提出一贯反对者规则，事实上也经常这样做，因此，应当向从业者提供这方面的指导方针，特别是说明一国成为一贯反对者需要满足的条件。

107. 关于该专题今后的工作方案，特别报告员表示，鉴于辩论中提到的所有内容，现实的目标是在第六十八届会议(2016年)结束前完成对结论草案及评注的一读。问题是如何分配本届会议和下届会议的工作。鉴于评注的重要性，似乎应当分为两个阶段。首先，如果起草委员会能够完成本届会议的工作，暂时通过一套完整的结论草案(可加上关于第四次报告的辩论中可能出现的任何补充条款和建议)，特别报告员就可以在 2016 年届会开始前编写关于所有结论的评注草案。委员届时将有充足的时间认真审议评注草案，顺利的话，委员会可在 2016 年届会结束前通过一套完整的一读结论草案及评注。