联合国 A/CN.4/653

大 会

Distr.: General
30 May 2012
Chinese
Original: English

国际法委员会

第六十四届会议

2012 年 5 月 7 日至 6 月 1 日和
7 月 2 日至 8 月 3 日，日内瓦

习惯国际法的形成与证据

特别报告员迈克尔·伍德的说明

一. 导言

A. 将该专题列入国际法律委员会工作方案

1. 在国际法委员会 2010 年和 2011 年第六十二届会议和第六十三届会议期间，长期工作方案工作组讨论了关于题为“习惯国际法的形成与证据”新专题的提案。[1] 本说明应结合国际法委员会 2011 年报告(A/66/10)附件A所载大纲予以阅读。该大纲载有很长的背景文件清单。附件A开头指出：

> 有关渊源的问题是国际法的核心。委员会在这方面的工作历来最重要、而且取得了成就，但在很大程度上局限于条约法。

2. 委员会第六十三届会议决定根据附件 A 所载大纲将“习惯国际法的形成与证据”专题列入委员会长期工作方案(见 A/66/10,第 365 段)。

3. 第六委员会在 2011 年大会第六十六届会议期间对这一专题表示支持。有代表团建议，其成果应当最终是一个供法官、政府律师和从业人员使用的带评注的实用指南。有代表团指出，其目的不应是对该专题本身进行编纂，有代表团表示，很难在不影响习惯的本质、灵活性和不断演变特性的情况下对习惯国际法的形成

[1] 见 A/66/10，第 32 段和第 365 段。在过去五年中，国际法委员会规划组每年都重新设立工作组，由恩里克·坎迪奥蒂担任主席。

请回收

过程进行系统化。关于方法，与会代表团强调，一方面是国家惯例及国际法院和法庭的法律体系，另一方面是国内法院的惯例和法律体系，必须对此进行区分。与会代表团还敦促委员会在审议单边行动在确定习惯国际法方面作用的时候谨慎行事(A/CN.4/650,第 65 段)。

4. 大会在 2011 年 12 月 9 日第 66/98 号决议第 7 段注意到委员会决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入委员会长期工作方案，并注意到各会员国在第六委员会的有关评论。

5. 委员会第六十四届会议决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入委员会当前工作方案，并任命迈克尔·伍德爵士为该专题特别报告员。

6. 本说明阐述了特别报告员的初步想法，特别是关于本专题范围的想法。本说明还概述了本五年期(2012-2016 年)期间本专题审议工作的暂定工作方案，如有可能，完成审议工作。

7. 本说明第二节列出了有必要予以涵盖的初步要点。在第三节中，特别报告员讨论了本专题的范围以及委员会关于本专题工作的可能成果。第四节载有暂定工作方案。

B. 本说明的目标

8. 长期工作方案工作组在上一个五年期期间所进行的讨论，对于委员会向大会提交的报告(A/66/10)附件 A 所载大纲的形成，起到了十分重要的辅助作用。附件 A 载述了在工作组内提出的许多看法。不过，由于显见的原因，委员会许多现有成员没有参加这些讨论。

9. 编写本说明，其目的是在委员会第六十四届会议第二期会议期间促进对本专题的初步辩论，交换意见。本说明没有探讨细节，而是提出一些标题性要点，以便对本专题提出一个总体概论，为委员会在本届会议第二期会议期间的讨论提供一个重点(或目标)。

10. 特别报告员在本届会议第二期会议期间的主要目标是寻求委员会成员就本专题范围、采用的方法和可能的成果提出初步意见。委员会成员根据本说明以下章节所载的初步想法就本专题提出一般性的初步意见，将会使特别报告员受益匪浅。这些意见将有助于起草第一份(初步)报告，及时供委员会 2013 年第六十五届会议审议。

二. 初步要点

11. 2013 年第一份初步报告可以覆盖以下要点：

A. 委员会以往与本专题相关的工作

12. 委员会以往的工作主要是对习惯国际法予以确定，尽管委员会对区分国际法编纂及其逐渐发展往往持谨慎态度。委员会直接处理了习惯国际法的形成，例如在处理后来成为 1969 年《维也纳条约法公约》第 38 条的条款方面。委员会在最初几年，其日程上有“使习惯国际法之资料更易于查考之方法和手段”专题。[2]

B. 国际法协会在习惯国际法形成方面的工作

13. 国际法协会在 1984/85 至 2000 年期间的工作取得成果，于 2000 年通过了《适用于一般习惯国际法之形成的原则伦敦声明》与评注。[3] 协会的工作包括 33 条原则和相关评注，引起了正反两方面反应，对这些反应也应予以审查。

C. 习惯国际法作为国际公法渊源以及习惯国际法与其他渊源的关系

14. 作为背景文件，《国际法院规约》第 38 条准备工作文件也许值得一读，这份文件往往被认为“起草得很糟糕”。[4] 习惯国际法与条约之间的关系是本专题一个重要方面，将在以后的报告中予以详细讨论。“习惯国际法”与“一般国际法”、“法律一般原则”与“国际法基本原则”之间的关系，也将予以讨论(当今经常使用“一般国际法”这一用语，但这一用语似乎与“习惯国际法”的含义有所不同)。至关重要的是，要对习惯国际法规则与礼让/单纯的使用加以区别，对习惯国际法和“软法”加以区别，对现行法与拟议法加以区别。

D. 术语/定义

15. 作为筹备工作，应当对“习惯国际法”或“习惯国际法规则”用语的使用和含义加以讨论，这些似乎是最常用的用语(其他用语有“国际习惯法”、“习惯”和“国际习惯”)。以联合国六种正式语文建立有关术语的简要词汇可能是有用的。

---

[2] 国际法委员会 1949 年和 1950 年第一届和第二届会议根据其章程第 24 条所载任务规定，审议了题为“使习惯国际法之资料更易于查考之方法和手段”的专题。审议结果产生了具有影响力的报告，随之产生了一系列国家和国际级别的重要出版物(见《1950 年国际法委员会年鉴》第二卷，A/1316 号文件,第 24-94 段。

[3] 第 16/2000 号决议(一般习惯国际法的形成)，国际法协会 2000 年 7 月 29 日通过。见《国际法协会，第六十九届会议报告，伦敦，第 39 页。全体辩论见第 922-926 页。《原则的伦敦声明》载于第 712-777 页。2000 年举行的习惯(一般)国际法形成委员会的工作会议报告载于第 778-790 页。委员会的六份临时报告载有较详细的材料。

[4] 同上，习惯(一般)国际法形成委员会的最后报告，第 6 段。

E. 习惯国际法在国际法律制度内的重要意义和作用

16. 对习惯国际法作为“法律”以及习惯国际法在国际法律制度内的作用时而遭到的挑战，简要讨论一下，可能是有用的。

F. 习惯的理论和确定习惯国际法规则的方法

17. 有诸多关于这一主题的著述阐述了有关习惯的主要理论，对这些理论加以简要描述，将有助于形成委员会最终采取的方式。这一主题的理论基础至关重要(例如，实践和法律意见的相对作用)，即使最终的目标是向要求调查这些习惯国际法规则的人提供实际援助。

G. 方法

18. 特别报告员初步认为，关于这一专题的最为可靠的指导可能在国际法庭和仲裁法庭的判例法中得到寻求，特别是国际法院和常设国际法院。初步报告可以包括一项针对国际司法机构对习惯国际法采取的方法所进行的描述性调查。[5] 在国内法庭的判例法、非政府组织的编纂工作以及国际法专家的著述中，都可以寻求到指导。

19. 关于方法的一般性问题也有必要予以解决，例如，相对演绎推理而言，对于针对国家惯例进行的实证研究给予相对加权。国际法协会委员会的最后报告的序言中明确列举了各种困难和选择。[6] 相同的情况还有，实际的考虑可能影响到使用的方法，在一个有将近 200 个国家的世界上，尤其如此，不过，这实际上并不是新问题。其他国际法人，尤其是国际组织的惯例也具有重要意义。

三. 本专题的范围和委员会工作可能取得的成果

20. 在实际层面，必须尽早界定本专题的范围，并考虑可能取得的成果。本说明本节的目的是协助委员会做到这一点。委员会 2011 年报告(A/66/10)附件 A 第 1 段指出，本专题的标题“不排除委员会在确实适宜的情形下着手探讨相关方面，但要把重点放在形成(习惯国际法规则发展的过程)和证据(这些规则的确定)上”。特别报告员认为，这一表述准确地阐述了本专题的范围。

21. 为了避免不必要的重叠，必须在本专题的范围与委员会以往和当前议程上已有的其他专题之间划清界限。这些专题包括“国际法不成体系：国际法多样化和

[5] 见最新一期《国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书》，2012 年 2 月 3 日，第 55 段，其中法院提及“法院屡次提出的关于确定习惯国际法规则的标准”。

[6] 国际法协会(见上文脚注 3)，习惯(一般)国际法形成委员会最后报告，第 1-10 段。

扩展引起的困难”[7] 和“条约随时间演变”。[8] 实际上要做到这一点应该不难；界线有可能较为明确。例如，虽然条约对习惯国际法形成的影响是本专题的一部分，但习惯国际法在解释条约方面的作用却不是。

22. 本专题将涵盖整个习惯国际法。特别报告员认为，由于国际法的统一性和“国际法是一个法律体系”(A/61/10，第 251(1)段)这一事实，为了本专题的目的，将该法分割成独立的专门领域既无济于事，也不符合原则。无论正在审议的法律属于哪个领域，都适用同样的形成和确定习惯国际法的基本办法。委员会就本专题开展的工作将同样适用于国际法所有领域，例如，包括“习惯人权法”、“习惯国际人道主义法”和“习惯国际刑法”。不过，之所以如此，是为了考虑不同技术是否以及在多大程度上适合确定习惯国际法的特定规则。[9]

23. 需考虑的一个特定问题是，本专题是否应包括一般国际法的强制性新规范(“绝对法”)[10] 的出现。特别报告员目前认为，这是一个单独事项，不应作为本专题的一部分处理。例如，条约与习惯国际法一样，都可能有很多强制性规范。[11]

24. 不应该期望成果是一系列确定习惯国际法规则的硬性规则。[12] 相反，目的是通过指导和实践阐明形成和确定习惯国际法规则的过程。附件A阐述了从何处着手讨论委员会审议本专题的总体目标(A/66/10，附件A，第 4 段)：

> 这样做的目的不是为了习惯国际法的形成而编纂“规则”。相反，其目的是要为那些被呼吁确定习惯国际法的人，包括为国家法官和国际法官，提供权威指导。不做出过于硬性的规定将是重要的。灵活性仍然是形成习惯国际法的基本特征。有鉴于此，委员会在这方面的最终产出可能采取几种形式之一。一种可能性是一系列附有评注的提案。

---

[7] 委员会就该专题所开展工作的成果见 A/61/10，第 251 段，以及 A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1。

[8] 委员会 2008 年至 2011 年就该专题所开展工作的摘要见 A/66/10，第 333 至 344 段。

[9] 见《国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书》，2012 年 2 月 3 日，第 73 段(“为了处理本案，将在这些国家的司法判决书中查寻最相关的国家惯例……”)。

[10] 《维也纳条约法公约》，1969 年，第 64 条。

[11] 国际法协会委员会得出同样的结论：见国际法协会(上文脚注 3)，习惯(一般)国际法形成委员会的最后报告，导言，第 8 段。

[12] 国际法协会委员会提及，“按照委员会的理解对相关规则和原则进行说明……可为那些被呼吁适用法律或对法律提出咨询意见的人以及学者和学生提供一些务实的指导。在往往令人相当困惑的问题上，很多人需要相对简洁和明确的指导……”(同上，第 4 段)。

25. 特别报告员建议，委员会就本专题所开展工作的适当成果应该是一套附有评注的“结论”。[13]

四. 研拟本专题的暂定时间表

26. 委员会在 2011 年提交大会的报告中简要列出希望特别报告员发挥的作用(见 A/66/10，第 372 段)。除其他外，希望特别报告员每年编写一份实质性报告，篇幅最好限定在 50 页之内。关于规划组的工作，委员会表示，该组“应与特别报告员和研究组的协调员合作，在开始着手任何新专题时确定研拟该专题的暂定时间表，同时列出可能需要的年限，并定期审查该时间表年度目标的实现情况，在适当时候予以更新”(A/66/10，第 378㈢段)。

27. 附件 A 中建议，为方便起见，本专题应该分为四个阶段审议：基本问题和材料收集；与查明国家惯例和法律意见有关的一些中心问题；特定专题；结论。(A/66/10，附件 A，第 6 段)。因此提出了如下研拟“习惯国际法形成和证据”专题的暂定时间表：

2012 年：初步说明和委员会内部初步讨论。主要目标是使特别报告员能够征集委员会成员对本专题的工作范围、方法和可能成果的初步意见，并审议将从各国索取的资料。[14]

2013 年：特别报告员的第一次报告(阐述一些初步问题，包括上文第二节提及的问题)，以及进一步收集材料。

2014 年：特别报告员的第二次报告(讨论国家惯例和法律意见)。[15] 这份报告将载有若干“结论”。

---

[13] 国际法协会委员会采用了相似办法：见上文脚注 4。

[14] 此类资料可包括：(a) 任何涉及国际习惯法形成问题的官方声明(如，法院审理程序)；(b) 国家或地区法院具有启示作用的任何重大案件；(c) 国家研究所正在创作的任何著作或开展的工作(除了附件 A 所列资料外)。

[15] 附件 A 第 8 段建议，第二阶段可涉及采取传统方法确定习惯国际法规则的一些中心问题，尤其是国家惯例和法律意见：

㈠ 国家惯例的确定。怎样才算“国家惯例”？行为和不行为、言语行为和实际行为。如何改变一个国家对国际法规则的立场？国内法院和法庭的决定(与行政部门对这些决定的反应)。除国家外，还有谁的行为？某些国际组织，如欧洲联盟？国家惯例的“代表性”(包括区域多样性)。

㈡ “法律意见或履行法律义务之行为”的性质、功能和确定。

㈢ “国家惯例”和“法律意见或履行法律义务之行为”这两个要素之间的关系及各自对于确定习惯国际法的作用。

㈣ 习惯国际法的新规则如何出现；国家的单方面措施如何可能促成新规则的研拟；据以评估习惯规则的偏差是否已引起习惯法变化的标准；沉默/默许的潜在作用。

㈤ “特别受影响的国家”的作用。

2015 年：特别报告员的第三次报告(阐述某些特定专题)。[16] 这份报告也将载有进一步“结论”。

2016 年：特别报告员的第四次报告：合并和经修改的全套“结论”，供委员会讨论和通过。

㈥ 时间因素和实践的密度；“即时形成的”习惯国际法。

㈦ 确定习惯法规则的标准是否取决于规则的性质或该规则所属领域。

[16] 附件 A 第 9 段建议，第三阶段可涉及特定专题，例如：

㈠ “一贯反对者”理论。

㈡ 条约与习惯国际法的形成；作为习惯国际法的可能证据的条约；条约与习惯国际法的“相互影响”/相互依存关系。

㈢ 联合国大会和国际会议等国际组织的机关的决议，以及习惯国际法的形成；这些决议作为习惯国际法的可能证据的意义。

㈣ 某些国家之间特殊的习惯国际法规则(区域、次区域、地方或双边——“个别化”习惯国际法规则)的形成和确定。“同意”是否对习惯国际法特别规则的形成具有特殊作用？