第八章

习惯国际法的形成与证据

A. 导言

156. 委员会第六十三届（2011 年）会议决定将“习惯国际法的形成与证据”专题列入其长期工作方案，[323] 这一决定的依据是载录于委员会该届会议工作报告附件一的建议。[324] 大会 2011 年 12 月 9 日第 66/98 号决议第 7 段注意到这一专题已列入委员会的长期工作方案。

B. 本届会议审议此专题的情况

157. 委员会 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议决定将“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·伍德爵士为这一专题的特别报告员。

158. 委员会在第二期会议期间收到特别报告员的一份说明（A/CN.4/653）。委员会分别在 2012 年 7 月 24 日、26 日、27 日和 30 日的第 3148、3150、3151 和 3152 次会议上审议了该说明。

159. 委员会在 2012 年 7 月 30 日第 3152 次会议上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。

1. 特别报告员介绍其说明

160. 特别报告员注意到，习惯国际法规则形成过程的不确定性有时被视为国际法整体的弱点。因此，委员会研究此专题可能有助于鼓励法治在国际事务中得到接受。特别报告员还希望这一研究可为在各种领域从业的法官与法律工作者，包括为那些并不一定是国际法专家但需适用该法律的个人提供实际指导。

161. 说明说明说明说明说明需要与委员会 2011 年的年度报告附件 A 一并阅读。[325] 其目的旨在激发初步辩论。第 11 至 19 段列举了七个“初步要点”，特别报告员可在向第六十五届会议（2013 年）提交的报告中纳入这些要点。说明讨论了方法学问题。在这方面，特别报告员设想尤其重视国际法院及其前身——常设国际法院在习惯国际法方面遵循的方针。除审议法院就方法学发表的意见以外，有必要审查法院在实际中如何处理具体案件。尽管如此，其他国际法院和法庭以及国内法院的方针也可能具有指导意义。

162. 各国在习惯国际法的形成和确定方面的实践无疑非常广泛，但可能难以查明。尽管如此，应做出努力，明确各国认为自己何时受到国际习惯的法律约束，并说明应如何解读其实践。

163. 有人试图查明某些特定领域的习惯国际法，如红十字国际委员会委托撰写《习惯国际人道主义法》研究报告 [326] 的作者，其经验可为这一专题做出重要贡献。一些作者有关习惯国际法的形成的著作，包括教材、相关专著和专业文章等也可作为重要参考资料。虽然不同的理论方法有时可能产生类似的结果，但并非常常如此。

164. 说明的第 20 至 25 段讨论了本专题的范围和可能取得的成果，这是两个相关但不同的事项。

165. 就范围而言，似乎没有出现非常严重的问题。关于委员会是否应在本专题下处理强行法的问题，虽然特别报告员的初步看法是强行法其实并不属于本专题，但他愿意听取其他意见。

166. 关于委员会工作的最后成果可能采纳的形

[323] 《2011 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 365–367 段。

[324] 同上，第 186 页。

[325] 同上。

[326] J. M. Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law,* (ICRC/Cambridge University Press, vol. I: Rules, 2009, and vol. II: Practice, 2005).

式，特别报告员建议可总结出一系列附加评注的“结论”或“准则”。制订这方面的公约不太恰当，也不符合保存习惯程序固有的一定灵活度的需要。同时，这类结论应比较直截了当及明确，以便甚至是那些非国际法专家都可获益于其实用性。

167. 特别报告员认为可向各国政府索取某些资料。他还欢迎委员会委员向他提供与此专题相关的任何资料和意见。

168. 最后，特别报告员征求委员会委员对说明第 26 和 27 段有关研拟此专题的暂定日程表的初步看法。

2. 辩论摘要

(*a*) 一般评论

169. 考虑到习惯国际法在国际法律体系以及在许多国家的宪法秩序和国内法律中依然发挥重要作用，一些委员强调此专题的重要性及其实际和理论意义。一些委员认为，委员会就此专题开展的工作可提供有益的指导，指导对象不仅包括国际法律工作者，也包括国内法律工作者——法官、政府法律工作者和法律从业者，他们常常被要求适用习惯国际法的规则。同时，一些委员强调此专题固有的问题，审议这些问题是委员会面临的真正挑战。

170. 一种不同意见认为，只要委员会打算就习惯国际法采纳整体方针，则委员会就此专题开展的工作能否产生有效成果令人质疑；此外，同时处理“形成”（指的是一个程序）这一动态概念和“证据”（已预先假定一套规则）这一静态概念造成了混淆。

171. 普遍意见认为，为了不破坏习惯程序的灵活性，委员会不应做出硬性规定。有人认为，鉴于此专题的复杂性和敏感性，并考虑到习惯程序的“自然”性质，委员会应就此专题采取温和方针；因此，委员会在任何时候都不应该进行真正意义上的编纂活动。还有意见认为，委员会的目标应当是帮助澄清当前有关习惯国际法的形成和证据的规则，而不是推动制订新的规则。

172. 虽然有些委员认为说明中建议的五年期临时工作计划目标较高，执行计划需要一定的灵活性，但工作计划得到了广泛支持。有人提请注意，确保各国有机会在委员会最后通过此专题工作全部成果之前对其发表评论至关重要。

(*b*) 专题的范围及术语的使用

173. 特别报告员在说明中介绍的有关本专题范围的方针得到支持。具体而言，一些委员认为，有关本专题的工作应纳入国际法不同领域习惯法的形成与证据。

174. 但是，一些委员表示，委员会应主要侧重确定习惯国际法规则的方式，而非这些规则的形成。一种意见认为，委员会不应试图描述习惯法是如何形成的，而应重点关注确定习惯法时更偏重于操作方面的问题，即如何确定习惯规则的证据。然而，一些委员强调，习惯国际法的形成与确定之间存在密切联系。还有人认为，鉴于习惯法是一个过程的结果这一特性，所以澄清习惯法的形成过程既有理论也有实际意义。

175. 虽然有人承认在审议此专题时有必要讨论习惯国际法和一般法律原则之间的区别，但认为应避免就后者作出定论，因为一般原则本身拥有复杂性和不确定性。

176. 好几名委员表示支持不将有关强行法的一般性研究纳入本专题的范围。一种意见认为，强行法概念本身已表明在形成、证据和分类等方面的困难。还有人认为，确定一项习惯规则的存在，与确定这一规则是否具备不受条约克减的附加特征，这是两个不同的问题。一些委员表示，如果委员会决定不将强行法纳入本专题的范围，应解释其理由。另一种意见认为，特别报告员应重新考虑其不处理强行法规范的打算，因为这些规范从本质上来说具备习惯特征。另一种意见认为在这一阶段排除对强行法的分析为时过早。

177. 有人强调有必要澄清某些与本专题相关的用语。一些委员支持特别报告员关于以联合国六种正式语文编写一个相关用语的简短用语表或词汇表的提议。有人具体提及有必要解释“一般国际法”和“国家法律”等用语及其与习惯这一概念的关系。

(*c*) 方法学

178. 一些委员支持特别报告员以本专题的实践而非理论方面为重点的建议；具体而言，有人指出，

委员会不应试图评估关于习惯国际法的各种理论方针正确与否。但是，一些委员指出，分析主要理论对理解习惯法的性质及其形成过程大有裨益。有人认为，为了成为国际社会整体确定习惯国际法规则的权威和有用的工具，委员会力图寻求的实际成果必须以全面的研究为基础，因此无法避免以适当方式处理涉及本专题的某些理论问题及争议。

179. 有人提请注意目标受众的问题，即委员会开展这项工作的对象是谁。在这方面，有人认为，为了避免混淆，应对国家的主体视角、第三方裁决者的“主体间”视角、以及作为局外观察者的客观视角加以适当区分。

180. 一些委员支持特别报告员尤其重视对国际法庭判例法进行分析的观点，更具体而言，即对国际法院及其前身的判例法进行分析。但是，有人提请注意，也有必要审议其他国际法院和法庭，包括区域法院的判例法，因为其中一些判例法为确定国际刑法或人权法等国际法具体领域的习惯规则作出了重要贡献。一些委员认为，应以批评的眼光对相关判例法进行评价，包括关注可能在司法裁决中发现的方法学方面的任何不一致之处。有人建议，还应研究与确定习惯国际法规则相关的判例之间的分歧。

181. 另一种意见认为，鉴于司法诉讼程序的“主体间”性背景，以及司法先例覆盖的领域数量有限，过于依赖国际法院和法庭的判例法作为本专题的工作方式可能会导致问题。还有人认为，在许多情况下，国际法院和法庭没有说明断定习惯法规则所依据的理由。

182. 一些委员认为有必要研究和分析包括国内法庭判例在内的相关国家实践，以及国际组织等其他国际法主体的实践。有人强调，委员会以当代实践为基础开展工作至关重要，此外也有必要考虑来自世界上所有主要的法律制度和所有地区的国家实践。

183. 有人建议，除国际法协会[327]和红十字国际委员会[328]开展的工作以及此前委员会本身[329]可能与此专题相关的工作以外，应特别关注独立研究者、学术机构或学术团体在这一领域开展的其他工作。更一般而言，有人强调利用来自世界不同地区相关资源的重要性，它们也反映出法律文化的多样性，并且存在于多种语言之中。

(*d*) 应讨论的问题

184. 一些委员认为，关于本专题的工作应注重对国家实践及法律确信的要素分析，包括确定这些要点的特征、相对重要性、以及它们可能与习惯国际法的形成和确定相关的表达或表现形式。有人建议尤其应审议法院和法庭，包括国际法院及其前身，以及各个国家在法院或外交论坛上，就是否存在一项习惯国际法规则发表论点时，对这两个要素的依赖程度。

185. 一些委员还支持对《国际法院规约》第三十八条第一款（丑）项的来源进行审查，重点关注与《国际常设法院规约》中的相应条款相关的工作，并支持对法院和法庭以及更广泛的国际社会理解该条款的方式进行研究。

186. 有人提议，委员会应审议二十世纪后半叶国际法律体系发生的深刻变化（包括国家数量的大幅度增加）导致习惯国际法规则的形成过程发生了多大程度的变化；还有人认为，这些变化可能在某种程度上使得有关习惯国际法的形成和证据的研究变得复杂化。

187. 讨论中提及国际法不同领域是否存在有关习惯法的不同方针的问题。在这方面，有人认为，对这一问题的回答不应依靠推论，而应基于对相关实践的全面研究。

188. 一些委员提及各国参与习惯国际法规则形成的程度问题。鉴于在习惯程序中需要特别关注某特定国家或国家集团的行为这类具体情况，有人认为，“受到特别影响的国家”的概念以及“一贯反对者”的概念非常重要，因为它们试图在国际法中调和社会的价值和主权价值；因此，委员会应避免打破似乎

[327] “适用于一般习惯国际法形成的伦敦原则声明“（附评注），国际法协会 2000 年 7 月 29 日通过的第 16/2000 号决议（一般习惯国际法的形成）；见《第六十九届会议报告，2000 年 7 月 25−29 日，伦敦》，第 39 页。关于全体会议的辩论，见第 922−926 页。“伦敦原则声明”，详第 712−777 页；2000 年举行的（一般）习惯国际法的形成问题委员会工作会议报告，详第 778−790 页。

[328] Henckaerts and Doswald-Beck，*Customary International Humanitarian Law*（见上文脚注 326）。

[329] 特别是，见国际法委员会第二届会议工作报告，《1950 年……年鉴》［英］，第二卷，文件 A/1316，第 24−94 段（使习惯国际法证据更容易获得的方式和手段）。

是由当前制度提供的这些价值观之间的平衡。另一种意见认为，这两个概念需要委员会进行全面研究。

189. 有人指出，虽然委员会不应囿于最终没有什么实际价值的理论划分，但在实例方面，关于“语言”相对于“行动”的古老辩论是在非常现实的层面上进行的，也就是说，某些习惯国际法规则并非基于所有或大多数国家确立的实际的、可操作的实践，而是依靠替代者确定的。有两种具体情况会产生这样的实例，即规则的断定是因为一些国家通过了一项决议或存在一项广泛批准的决议。有人希望委员会在此专题方面的工作成果能够指导和澄清这两个领域。

190. 还有人提及审议此专题应关注的其他问题。除其他外，这些问题包括习惯和条约之间的关系（包括广泛批准但未具备普遍性的条约的影响），1969 年《维也纳公约》第三十八条提出的问题，或许也包括习惯国际法在解释条约方面发挥的作用；编纂条约对确定习惯规则的影响；习惯和一般国际法、一般法律原则和国际法一般原则之间的关系；国际组织的决议的影响；更一般而言，国家以外的国际法主体，尤其是欧洲联盟等国际组织的实践发挥的作用；“软法律”和习惯之间的关系，以及现行法和拟议法之间的关系；在形成和确定习惯国际法规则方面重视还是不重视不一致的实践；在习惯国际法规则的形成过程中，可施用性概念的相关性，及默许、沉默和弃权可能发挥的作用；抗议和承认等单边行动在这一过程中发挥的作用；形成和修改一条习惯国际法规则分别需要的条件；对条约的保留可能对习惯国际法规则产生的影响；区域实践的作用及其与国际法体系之间的关系；以及区域和一般习惯国际法之间的关系。

（*e*）委员会此专题工作的最后成果

191. 特别报告员关于编写一系列附加评注的结论的建议得到广泛支持。有人指出，任何这类结论都不应影响今后涉及习惯国际法的形成的进展。还有人建议委员会开始工作时先拟订附加评注的提案，提案在稍后阶段可能成为结论。

3. 特别报告员的总结

192. 特别报告员注意到，总体而言，发言的委员会委员支持本专题，他们表达的初步意见确认了特别报告员的说明的主旨。除其他外，有人提请注意习惯国际法在许多国家的宪法秩序和国内法中发挥的重要作用，以及委员会的工作对国内法律工作者的实用意义。同时，有人正确地指出，更广泛的国际社会的反应对委员会这一专题的工作的地位至关重要。

193. 一种观点对本专题表示严重质疑，该意见尤其认为，即使在非常抽象的层面上审议整个习惯国际法是可能的，也并不现实，审议的成果或者原本就显而易见，或者模棱两可。特别报告员指出，本专题的目标从来就不是从审查法律的实质的角度出发“审议整个习惯国际法”，或审议其中的任何一项法律；委员会关注的问题仅仅是确定习惯国际法的“第二性”或“系统性”的规则。他还回顾了讨论期间提出的一项观点，即对一些法律工作者来说显而易见的事并不见得对所有人都如此，甚至对各种领域的法律工作者而言也并非如此，他们之中的许多人没有国际法方面的经验，因此会受到习惯国际法问题的困扰。此外，就此专题编写出一系列明确和直截了当的结论，必要时附以适当的保留条款，就可以避免所称的模糊性问题，这是委员会经常使用的一种技巧。

194. 特别报告员意识到本专题固有的问题，以及以审慎态度对待本专题的必要性。他还希望委员会不要追求“过高”的目标，他打算努力使工作成果达到实用、可行甚至受欢迎等目的。委员们似乎普遍认为需要实现这类成果。

195. 特别报告员不完全理解对主体、“主体间”和客观视角进行区分的建议。如果要使法律具有意义，则确定法律的可接受的方法对所有人来说必须是相同的。共同的一般性理解正是委员会希望实现的目标。

196. 就本专题的范围而言，委员们似乎普遍认可说明中建议的方针，但取决于如何正当理解“形成”和“证据”等词汇的含义。不论使用哪些词语，特别报告员都认为，本专题既应包括确定存在习惯国际法规则的方法，也应包括为实现此目的使用的信息类型，以及这类信息可能的来源。

197. 随着这一专题的进展，委员会可能会回到本专题是否以及应在多大程度上审议强行法这一问题，委员们就此问题表达了各种意见。

198. 特别报告员注意到，以各种联合国语文制定统一的用语表或词汇表的意见得到广泛支持。

199. 特别报告员还注意到，委员们似乎广泛同意委员会就此专题开展的工作应最终得出实用的成果。工作的目标是为所有人提供指导，尤其是那些并非公共国际法领域专家，但承担了确定一项习惯国际法规则是否存在这一任务的人士。委员们似乎普遍同意委员会的工作成果应是一系列附有评注的提案或结论。一些委员强调，委员会不应作出硬性规定，因为灵活的形成过程是习惯国际法的核心特征，也是其优点之一。委员们似乎还广泛接受这样的观点，即委员会的工作不是试图解决有关习惯法的依据和有关该法律的形成和确定的文献中各种理论方针之间的理论争议。同时，特别报告员接受一些委员的看法，即为了获得某种程度的权威性，委员会此专题工作的最终实际成果必须扎根于详尽和全面的研究，包括对这一专题的理论基础的研究。但是，特别报告员认为，至少在初期阶段，工作的重点应放在确定法院和法庭以及各国的具体实践。在这方面，他完全同意一些委员的看法，他们强调有必要考虑来自世界上所有主要法律制度和所有地区的国家实践。同样，特别报告员也同意一些委员的看法，他们强调应尽可能参考广泛的作者以及以各种语言撰写的作品。

200. 关于在本五年期内审议此专题的暂定日程表，特别报告员承认，预计于 2014 年和 2015 年提交报告可能目标过高，但他的确认为，鉴于国家实践与法律确信之间的内在联系，同时处理这两个问题至关重要。

201. 特别报告员希望委员会已准备好要求秘书处尽可能及时编写一份备忘录，以提交第六十五届会议（2013 年），在备忘录中说明委员会此前的工作中可能与本专题尤为相关的要素。

202. 最后，特别报告员认真地注意到有关本专题可包括内容的各种建议。他将在今后的报告中反映出这些建议。