



## 国际法委员会

### 第七十四届会议

2023年4月24日至6月2日和  
7月3日至8月4日，日内瓦

## 关于确定国际法规则的辅助手段的第一次报告

特别报告员查尔斯·切尔诺·贾洛\*\*

\* 由于技术原因于2023年5月12日重发。

\*\* 特别报告员感谢佛罗里达国际大学法学院、特别是 Antony Page 院长对2022年11月4日至5日在美国迈阿密举行的“国际法委员会当前和未来工作”专题讨论会的支持，特别报告员在会上介绍了他的第一次报告各章的初稿。他感谢那次专题讨论会的所有讨论者和参与者提出的宝贵见解。他感谢三位学术同事对本报告所述一些问题的研究提供了宝贵的帮助：Eirik Bjorge、Sondre Torp Helmersen 和 Niccolò Ridi。还要感谢国际法委员会有关专题特别报告员迈克尔·伍德、马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯和迪雷·特拉迪阅读了本报告的草稿初稿，并提出了有益的建议。Clea Strydom 提供了极好的研究援助，而 Jennifer Croslow、Lisa Ndyulo、Lauryn Reed、Ashira Vantrees、Adam Weiss 和 Sidney Young 则汇集了研究成果，并协助编制脚注。特别报告员感谢他们所有人。最后但同样重要的是，他要感谢联合国法律事务厅编纂司，特别是辅助手段问题小组-Huw Llewellyn、Arnold Pronto、Paola Patarroyo 和 Raissa Urquiza，感谢他们辛勤工作，编写2023年2月秘书处关于这一专题的备忘录。



## 目录

章节	页次
一. 导言 .....	4
A. 将该专题纳入国际法委员会的工作方案 .....	4
B. 本报告的目的和结构 .....	5
二. 联合国大会第六委员会关于这一专题的辩论 .....	8
A. 大会 2021 年辩论 .....	8
B. 大会 2022 年辩论 .....	12
三. 本专题的范围和成果 .....	15
A. 建议委员会审议的问题 .....	15
1. 辅助手段的来源、性质和范围 .....	16
2. 辅助手段与国际法渊源的关系 .....	16
3. 确定国际法规则的其他辅助手段 .....	16
B. 结论草案作为最后成果 .....	17
C. 术语澄清 .....	19
四. 方法 .....	20
五. 委员会以往关于辅助手段的工作 .....	22
A. 委员会对其《章程》第 24 条和辅助手段的评估 .....	23
B. 委员会在其工作中对辅助手段的例行使用 .....	23
C. 委员会对国际法院和其他法院司法裁决的依赖 .....	26
D. 委员会依据专家机构的学说和工作 .....	36
E. 委员会依据自己以前的工作 .....	43
F. 特别报告员关于委员会使用辅助手段的意见 .....	45
六. 国际法律体系中渊源的性质和作用 .....	47
A. 国际法渊源地位概述 .....	47
B. 界定国际法中的“渊源” .....	48
C. “形式”渊源与“实质”渊源之间的区别 .....	49
D. 第三十八条第一项的作用以及国际法渊源与义务的来源 .....	50
E. 渊源中缺乏正式的等级 .....	56
F. 辅助手段作为“造法程序”和“法律确定媒介” .....	59
七. 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的起草历史 .....	63

A.	法学家咨询委员会起草常设国际法院规约(1920年).....	64
B.	法学家委员会的修正案(1929年).....	72
C.	联合国会议(1945年)期间对第三十八条的少量补充.....	72
D.	特别报告员对第三十八条起草历史的意见.....	74
八.	有关《国际法院规约》第三十八条第一分项(卯)款要素的案文分析.....	76
A.	第一项起首部分：“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用” ...	76
B.	“司法判例”一词的含义.....	80
C.	“学说”一词的含义.....	91
D.	“各国权威最高之公法学家”的含义.....	99
E.	“各国”的含义.....	101
F.	“辅助手段”的含义.....	103
G.	“确定法律规则”的含义.....	105
H.	特别报告员关于辅助手段要素的意见.....	106
九.	确定国际法规则的其他辅助手段.....	109
A.	第三十八条的非穷举性引起了是否存在其他辅助手段的问题.....	109
B.	既定类别中其他辅助手段的范围.....	109
C.	辅助手段的潜在候选者.....	113
D.	区分辅助手段和证明国际法规则存在的证据.....	115
E.	权重问题.....	116
十.	结论和今后的工作方案.....	119
	结论草案 1	
	范围.....	119
	结论草案 2	119
	确定法律规则的辅助手段的类别.....	
	结论草案 3	119
	确定法律规则的辅助手段的评估标准.....	
	结论草案 4	119
	法院和法庭的裁决.....	
	结论草案 5	119
	学说.....	
附件		
	特别报告员提出的结论草案.....	121

## — 导言

### A. 将该专题纳入国际法委员会的工作方案

1. 国际法委员会第七十二届会议(2021年)决定将“确定国际法规则的辅助手段”专题纳入其长期工作方案。<sup>1</sup> 在核准这一专题的大纲<sup>2</sup>时,委员会遵循了第五十届会议(1998年)商定的选定新专题的标准,即:(a)专题应反映各国的需要;(b)专题在国家实践方面应处于足够成熟阶段;(c)专题应具体可行。<sup>3</sup> 委员会历来花费大量时间澄清《国际法院规约》第三十八条第一项所列的各种法律渊源,其结论是,审议确定国际法规则的辅助手段“可对国际法的逐渐发展和编纂作出有益贡献”。<sup>4</sup>
2. 大会第七十六届会议(2021年)通过了第76/111号决议,其中大会表示注意到该专题被纳入委员会的长期工作方案。<sup>5</sup> 按照惯例,大会在同一决议中还促请委员会对各国政府在第六委员会辩论期间表达的评论、关切和意见加以考虑。<sup>6</sup>
3. 委员会第七十三届会议(2022年)考虑到辅助手段专题的成熟度、提出评论意见的国家对这一专题的普遍积极反应以及由于若干专题的完成而在工作方案上留出空间的情况,决定将“确定国际法规则的辅助手段”这一专题纳入其当前工作方案。<sup>7</sup> 委员会任命查尔斯·切尔诺·贾洛先生为这一专题的特别报告员。<sup>8</sup>
4. 在同一届会议上,委员会根据特别报告员的建议,请各国、国际组织和其他方面提供资料,说明其在《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款意义内使用辅助手段方面的实践。<sup>9</sup> 这可包括可从以下方面了解到的资料:各国法院的判决、法律和国内任何其他相关实践。这些判决、法律和实践在确定国际法规则过程中借鉴了司法判决和各国权威最高之公法学家学说。资料还可包括涉及以下方面的辅助手段实践:其对条约、习惯和一般法律原则的解释,以及在国际组织和其他论坛上所作的发言,包括向国际性法院和法庭提交的书状。
5. 委员会还请秘书处就本专题编写一份备忘录,分两部分进行。在第一部分中,一份备忘录将确定委员会自1947年至今的以往工作中可能与这一专题特别相关

<sup>1</sup> 《大会正式记录,第七十六届会议,补编第10号》(A/76/10),第十章,B节,第302段和附件。

<sup>2</sup> 同上,附件。

<sup>3</sup> 同上,第302段。

<sup>4</sup> 同上。

<sup>5</sup> 大会2021年12月9日第76/111号决议,第7段。

<sup>6</sup> 同上。

<sup>7</sup> 第3172次会议临时简要记录,第8页。

<sup>8</sup> 同上。

<sup>9</sup> 《大会正式记录,第七十七届会议,补编第10号》(A/77/10),第三章,C节,第29段。

的内容。<sup>10</sup> 这份备忘录将及时提交，以便编写特别报告员的第一次报告，供第七十四届会议(2023年)辩论。在第二部分中，委员会考虑到秘书处能力所限，还要求编写一份备忘录，调查可能与本专题特别相关的国际性法院和法庭及其他机构的判例，以便在委员会下届会议(2024年第七十五届会议)之前提交。<sup>11</sup>

6. 在第六委员会第七十七届会议(2022年)的辩论期间，参与国普遍支持研究确定国际法规则的辅助手段，并欢迎将其纳入当前工作方案。<sup>12</sup> 因此，大会在第77/103号决议中表示注意到该专题已纳入当前工作方案。<sup>13</sup> 大会还提请各国政府注意就委员会会议上的专题和委员会2022年报告第三章所列举的具体问题提出意见，包括就“确定国际法规则的辅助手段”提出意见，这对委员会工作很重要。<sup>14</sup>

7. 依照委员会的请求，特别报告员欢迎各国提供任何资料，说明它们在确定国际法规则的辅助手段方面的实践。这些资料，无论是在最初建议的提交截止日期之内还是之后提供，都将成为他今后的报告和委员会关于这一专题的工作的有用材料。在这方面，特别报告员指出美利坚合众国<sup>15</sup> 和塞拉利昂共和国提交的材料。这两个国家都提供了关于在本国法院内使用确定国际法规则的辅助手段的实践方面的有用资料。他们各自提交的资料都得到了考虑。特别报告员感谢美国和塞拉利昂代表团提交的资料，并欢迎其他国家可能提供的更多资料。任何此类资料，特别是代表世界不同地理区域和法律体系的资料，都将构成委员会与各国就这一专题进行的重要对话的重要组成部分，今后的报告也将适当考虑这些资料。

## B. 本报告的目的和结构

8. 第一次报告是介绍性报告，寻求实现两个主要目标。首先，将在专题大纲的基础上，提出特别报告员对专题的初步看法，试图为委员会关于“确定国际法规则的辅助手段”的工作提供一个基本的概念基础。报告在讨论这一专题提出的关键问题之后，根据对最相关的实践和文献的审查，将为委员会关于这一专题的工作提议一个可能的范围。第二，考虑到在2023年第七十四届会议期间就本专题开始工作的时间与委员会组成人员更替较大的新五年期的开始时间不谋而合，本报告应成为征求各成员对该专题处理办法的看法的坚实基础。

<sup>10</sup> 同上，第十章，B节，第245段。

<sup>11</sup> 《大会正式记录，第七十三届会议，补编第10号》(A/73/10)，第十章，B节，第245段。

<sup>12</sup> 见下列国家的评论意见：法国(10月24日)、澳大利亚(10月25日)、尼日利亚(代表非洲集团)(10月25日)、奥地利(10月25日)、巴西(10月25日)、捷克共和国(10月25日)、印度(10月25日)、约旦(10月25日)、马来西亚(10月25日)、挪威(代表北欧国家)(10月25日)、菲律宾(10月25日)、罗马尼亚(10月25日)、斯洛伐克(10月25日)、亚美尼亚(10月26日)、爱沙尼亚(10月26日)、葡萄牙(10月26日)、塞拉利昂(10月26日)、南非(10月26日)、泰国(10月26日)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(10月26日)、黎巴嫩(10月27日)、乌干达(10月27日)(仅以发言所用语文发布于第六委员会网站)。见秘书处编写并以所有正式语文发布的辩论专题摘要：秘书处编写的大会第七十七届会议第六委员会讨论专题摘要，A/CN.4/755。

<sup>13</sup> 大会2022年12月7日第A/77/103号决议，第7段。

<sup>14</sup> 同上，第5段。

<sup>15</sup> 见美国提交国际法委员会的关于“在《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款意义内使用辅助手段确定国际法规则”的资料，2023年1月12日。

9. 话虽如此,在这个早期阶段,似乎有必要提醒一句。由于本报告是介绍性的,阐述专题核定大纲中的一些主要内容,以及国家实践和主要和次要法律文献所产生的问题,概念问题和特别报告员的总体办法都是暂定的,可能会有所改变。随着工作的进展,这些必然需要有灵活性,以适应专题的需要。

10. 就结构而言,本报告分为 10 章,后面是一个附件。本部分,即第一章,是一般性的。该章讨论将该专题纳入委员会长期和当前工作方案的情况以及本报告的目的和组织结构。

11. 虽然第六委员会秘书处编写的 2021 年<sup>16</sup>和 2022 年专题摘要<sup>17</sup>已经介绍了提出评论意见的国家对这一专题的总积极看法,但按照委员会的惯例,本报告第二章还将分析各国在大会第七十六届会议(2021 年)辩论期间对这一专题的主要看法。各国在大会第七十七届会议(2022 年)期间的评论意见在很大程度上反映了前一年的最初评论意见。出于这个原因,该章主要关注 2021 年的辩论。

12. 第三章将考虑到本专题的核定大纲,初步列出本专题的可能范围。范围内确定的问题是特别报告员经初步评估认为可以在委员会关于本专题的工作中处理的各个方面。本报告中关于问题的建议不妨碍对其他问题的审议。关于最终结果,根据 2021 年就此事作出的决定和委员会最近在与渊源有关的问题上的做法,<sup>18</sup>适当的产出形式是带有评注的结论草案。到编写时为止,委员会的实践中对结论草案没有单一的定义。因此,出于清楚和透明的原因,特别报告员提出一个工作定义,作为理解“结论草案”的可能基础——至少就本专题而言是这样。

13. 第四章论述一般方法的问题。建议委员会遵循其目前已确定的研究办法,重点关注各国的实践,并酌情关注国际组织和其他组织的实践。尽管如此,应该始终牢记这一专题的特殊性。特别是,本研究就其性质而言,或许比委员会最近的许多其他专题更需要委员会特别关注——并特别重视——国际、区域或国家的司法和准司法机构的判决和实践,以及学者和法律专家机构的著作。各国和其他方面对此类辅助手段的反应将特别有益于为委员会关于这一专题的进一步工作提供有效指导。

14. 第五章概述委员会以前关于确定国际法规则的辅助手段的工作的主要内容。特别报告员感谢秘书处及时提交关于辅助手段的委员会实践备忘录,因为这为编写本章奠定了坚实基础。备忘录确认,在过去几十年中,委员会在其完成的几乎所有专题中都经常引用法院和法庭的判决以及各国公法学家的学说,即便并非所有这些引用都必然属于《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的范围。秘书处编写的备忘录应与本章一起阅读,以便更全面地了解情况,它应该是委员会成员和第六委员会代表在进一步讨论这一专题时的重要资源。对于包括从业人员和法

<sup>16</sup> 秘书处编写的大会第七十六届会议第六委员会讨论专题摘要, A/CN.4/746, 第 115 段。

<sup>17</sup> 秘书处编写的大会第七十七届会议第六委员会讨论专题摘要, A/CN.4/755。

<sup>18</sup> 联合国,国际法委员会,“工作方法”,可查阅 <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (2023 年 2 月 12 日访问)。

律学者在内的其他法学家以及任何可能有理由要处理确定国际法规则的辅助手段的实质问题的人而言，备忘录也有可能成为主要参照点。

15. 第六章更具理论性，试图通过解释为什么与国内法律制度相比渊源在国际法中占有独特地位，从概念上将辅助手段置于渊源讨论的更广范围内。还涉及关键技术术语，包括提供“渊源”的基本定义、法律文献中经常对“正式”和“实质性”渊源进行的区分、渊源的位阶问题以及“法律渊源”和“义务渊源”之间的区别。本章介绍的一些问题将在本报告的后面部分讨论，但大体上将在今后关于这一专题的报告中作进一步分析。

16. 第七章审查辅助手段的来源和要素，但并不自谓详尽无遗。其中指出，《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款依据两个基本方面，即“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”。报告的这一部分详细审查这一规定的起草历史，这显然是这一项目的核心，目的是确定大约一个世纪前该规定起草者之间关于确定法律规则的辅助手段的适当位置的核心辩论和共同点。

17. 第八章接着谈到第三十八条第一项最基本方面的一般含义。在这方面，我们首先分析第三十八条第一项的起首部分，该项涉及法院按照国际法裁决提交给它的争端的职能。此后，我们转到第一项(卯)款，以期提炼其与司法判决和各国权威最高之公法学家学说作为确定法律规则的辅助手段有关的关键术语的一般含义。

18. 然后，报告第九章审议在考虑到国家实践和国际性法院和法庭实践的发展的情况下，是否会有《国际法院规约》第三十八条所隐含的其他辅助手段可能值得委员会进一步审查。例如，包括国际法入门教科书在内的文献中经常出现这样的问题，即国家单方面行为和国际组织的决议或决定等实践是否可被视为义务的渊源，这可在确定国际法规则的辅助手段中得到证明。特别报告员透明地讨论了这两个问题，以提供一些背景，以便委员会成员就是否宜处理这些问题提出评论意见。当然，在今后的报告中将考虑到所表达的意见。

19. 报告第十章进行总结并提出这一专题今后的暂定工作方案。特别报告员邀请各方就拟议的工作计划发表意见，与上文强调的专题的其他方面一样，该计划仍有可能改变。

20. 为方便各成员，附件转载特别报告员根据本第一次报告所载分析提出的五项结论草案。特别报告员顺便指出，他打算在这一专题上完全遵守委员会的传统工作方法。因此，希望委员会按照目前的做法，在 2023 年届会上半段期间进行惯常的全体辩论之后，将拟议的结论草案转交起草委员会。还希望在届会上半段期间完成对拟议结论草案的审议，并及时向全体会议报告，以便委员会在届会下半段临时通过。在 2023 年 6 月届会上半段结束前临时通过拟议结论草案，应使特别报告员能够在闭会期间编写评注，并能够在秘书处的合作下，在 2023 年 9 月委员会提交大会的报告的通常提交日期前，将这些评注翻译成联合国六种正式语文。他的最终目标是使各国有机会从委员会审议该专题的最早阶段起，就该专题提出它们的重要观点，并为结论草案提供依据。

## 二

## 联合国大会第六委员会关于这一专题的辩论

21. 与委员会的其他专题一样，大会第六委员会在两年的时间里分两部分进行了关于辅助手段专题的辩论。第一次辩论是在 2021 年，当时委员会将该项目纳入其长期工作方案。一年后，即 2022 年，委员会决定将该项目移至当前工作方案并任命一名特别报告员，随后对该专题进行了第二次辩论。以下摘要也将采用两部分结构，不过，为避免不必要的重复，报告将主要重点介绍 2021 年辩论期间发表的主要意见。

## A. 大会 2021 年辩论

22. 在 2021 年第七十六届会议期间大会第六委员会就这一专题进行的辩论中，绝大多数参与国的评论意见都是积极的，其中反映出对委员会决定在长期工作方案中增加“确定国际法规则的辅助手段”这一专题并将其列为优先事项的强烈支持。各代表团主要强调，关于这一专题的工作将符合委员会先前关于国际法渊源的工作，并且可以作为一种工具，帮助纠正国际法不成体系的某些后果。在涉及委员会决定的二十八(28)项发言中，大约有十七(17)项是肯定的，总共代表二十三(23)个国家。<sup>19</sup> 这种支持似乎值得注意，因为它普遍代表了联合国的所有五个地理区域。

23. 例如，瑞典王国代表本国和其他北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛和挪威)“同意委员会的意见，即关于这一专题的工作将对国际法的逐步发展和编纂作出有益的贡献”。<sup>20</sup> 他们还指出，这一专题“还将完成委员会关于国际法渊源的工作”，并因此敦促“迅速将其纳入委员会的现行工作方案”。<sup>21</sup> 葡萄牙指出，委员会的大部分工作都致力于“国际法渊源这一经典专题”，因此欢迎“委员会进一步澄清”在确定现有国际法规则方面“司法判决和各国权威最高之公法学家学说的

<sup>19</sup> 见下列国家的发言：白俄罗斯(A/C.6/76/SR.16, 第 80 段)；哥伦比亚(A/C.6/76/SR.16, 第 90 段)；中国(A/C.6/76/SR.17, 第 5 段)；厄瓜多尔(A/C.6/76/SR.17, 第 84 段)；埃及(A/C.6/76/SR.23, 第 57 段)；德国(A/C.6/76/SR.17, 第 73 段)；意大利(A/C.6/76/SR.17, 第 22 段)；牙买加(A/C.6/76/SR.18, 第 45 段)；拉脱维亚(代表波罗的海国家)(A/C.6/76/SR.16, 第 52 段)；秘鲁(A/C.6/76/SR.18, 第 7 段)；菲律宾(A/C.6/76/SR.19, 第 64 段)(“我们支持国际法委员会关于将‘确定国际法规则的辅助手段’专题纳入委员会长期工作方案的建议。”)；葡萄牙(A/C.6/76/SR.16, 第 93 段)；大韩民国(A/C.6/76/SR.18, 第 40 段)；塞拉利昂(A/C.6/76/SR.20, 第 30 段)；瑞典(代表北欧国家)(A/C.6/76/SR.16, 第 45 段)；土耳其(A/C.6/76/SR.18, 第 59 段)(“本代表团欢迎委员会决定将‘确定国际法规则的辅助手段’专题纳入其长期工作方案。”)；联合王国(A/C.6/76/SR.18, 第 13 段)(“联合王国注意到委员会决定建议将‘确定国际法规则的辅助手段’专题纳入委员会长期工作方案。”)。

<sup>20</sup> 瑞典(代表北欧国家)，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>21</sup> 同上，见第六委员会，A/C.6/76/SR.16(2021 年 12 月 10 日)，第 45 段。

作用”。<sup>22</sup> 该代表团还表示，希望关于这一专题的工作能够帮助减轻“国际法不成体系状况的某些负面后果”。<sup>23</sup>

24. 美利坚合众国也支持将本专题纳入长期议程的提议，指出对辅助手段的依赖在实践中有些不明确和不一致。<sup>24</sup> 美国代表团认为，考虑到委员会以前就《国际法院规约》第三十八条其他方面所做的工作，“通过审查辅助手段来完成该项目是有道理的。”<sup>25</sup> 同样，德国认为，这一专题“肯定会大大有助于加深我们对第三十八条第一项(卯)款所述辅助手段的作用及其与第三十八条第一项(子)、(丑)和(寅)款所述渊源的相互作用的共同理解。”<sup>26</sup> 意大利指出，考虑到“国际法日益‘司法化’和学术文献日益增多”，<sup>27</sup> 各国宜“从委员会获得关于应如何适用这些确定国际法规则的辅助手段的严格指导”。<sup>28</sup>

25. 拉脱维亚也代表波罗的海国家指出这一专题符合委员会的标准，并强调它对国内、区域和国际法庭的法律从业人员所具有的相关性，其具体表述是：“拉脱维亚、爱沙尼亚和立陶宛欢迎委员会决定在其长期方案中也纳入确定国际法规则的辅助手段这一专题。这一专题符合选定专题的标准，可能对在国内法院、专门和区域性国际法庭和复核机构工作和出庭的从业人员具有特别重要的意义。”<sup>29</sup>

26. 中华人民共和国强调，辅助手段提出了一个“国际法领域的根本问题”，回顾委员会先前的工作已涵盖《国际法院规约》第三十八条，并鼓励委员会“本着严谨审慎、包容平衡的态度开展本专题研究，以确保研究结论的科学性和合理性”。<sup>30</sup> 同样，大韩民国也欢迎委员会决定将这一专题纳入其长期工作方案，表示希望“……委员会关于这一专题的工作有助于阐明司法判决和学术著作在确定国际法律规范方面的作用这一重要而微妙的问题”。<sup>31</sup>

<sup>22</sup> 葡萄牙，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>23</sup> 同上。

<sup>24</sup> 美利坚合众国，A/C.6/76/SR.17，第13段。

<sup>25</sup> 美利坚合众国，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>26</sup> 德国，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]；见A/C.6/76/SR.17，第73段。

<sup>27</sup> 意大利，A/C.6/76/SR.17，第22段。

<sup>28</sup> 意大利，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>29</sup> 拉脱维亚(同时代表爱沙尼亚和立陶宛)，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>30</sup> 中国，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]；见A/C.6/76/SR.17，第5段。

<sup>31</sup> 大韩民国，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

27. 埃及也表示支持这一专题，因为相信“国际法委员会对这一问题的研究将为各国带来大量实际裨益”。<sup>32</sup> 除了这一专题的实用价值外，该代表团还认为，处理辅助手段的问题“会大大补充关于一般法律原则的结论草案”。<sup>33</sup> 塞拉利昂也同意委员会的看法，即该专题符合增加新专题的所有相关标准。<sup>34</sup> 塞拉利昂代表团同其他几个国家一样，还敦促尽早将这一专题纳入当前工作方案，认为辅助手段是委员会的一个“经典专题”，可以使委员会能够“继续作出其已知的贡献，即澄清国际法的渊源”。<sup>35</sup>

28. 同样，牙买加和秘鲁都欢迎委员会决定在长期工作方案中增加这一专题。前者强调“在与法律渊源有关的其他领域所做的重要工作”，<sup>36</sup> 后者则认为，对司法判决和学说的分析“将使委员会能够完成对《国际法院规约》第三十八条第一项所列国际法渊源的重要系统研究”。<sup>37</sup> 厄瓜多尔代表团同样对委员会将该专题纳入长期工作方案的决定表示“满意”。<sup>38</sup>

29. 数量相对较少的一些国家似乎对委员会将该专题纳入长期工作方案持谨慎态度。<sup>39</sup> 其中有法国和加纳(代表非洲集团)。<sup>40</sup> 法国代表团只适当注意到了这一专题，但随后建设性地表示愿向委员会提供下列方面的协助：“法国准备与委员会以及对这一问题感兴趣的大学机构合作，为委员会提供处理这一问题的有用实

<sup>32</sup> 见埃及，发言逐字记录，第三组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]；见 A/C.6/76/SR.23，第 57 段。

<sup>33</sup> 见埃及，发言逐字记录，第三组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]；见 A/C.6/76/SR.23，第 57 段。

<sup>34</sup> 塞拉利昂，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>35</sup> 塞拉利昂，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>36</sup> 牙买加，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]；见 A/C.6/76/SR.18，第 45 段。

<sup>37</sup> 秘鲁，A/C.6/76/SR.18，第 7 段。

<sup>38</sup> 厄瓜多尔，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml>，[编纂司存档]。

<sup>39</sup> 巴西，A/C.6/76/SR.17，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]（“巴西注意到最近在委员会长期工作方案中纳入了‘确定国际法规则的辅助手段’专题。巴西表示感兴趣地注意到国际法委员会的决定，该决定可能为解释《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款提供指导。”）；捷克共和国，A/C.6/76/SR.17，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]（“捷克共和国感兴趣地注意到将‘确定国际法规则的辅助手段’专题纳入委员会长期工作方案。”）；法国，A/C.6/76/SR.16，第 73 段；加纳(代表非洲集团)，A/C.6/76/SR.16，第 34 段；斯洛伐克，A/C.6/76/SR.17，第 42 段。

<sup>40</sup> 见法国，A/C.6/76/SR.16，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]（“……法国代表团已注意到委员会根据工作组关于长期工作方案的建议，将‘确定国际法规则的辅助手段’专题纳入其长期工作方案。法国准备与委员会和对该专题感兴趣的大学机构合作，为委员会处理该专题提供关于有用实践的任何内容，特别是判例法和法文学说的相关内容。”）；加纳(代表非洲集团)，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]（“非洲集团表示注意到委员会关于将‘确定国际法规则的辅助手段’这一专题……纳入其长期工作方案的决定”）。

践的任何内容，特别是判例法和法文学说的相关内容”。<sup>41</sup> 特别报告员欢迎这一表示，并期待收到任何能够有助于审议判例法和其他法文资料的材料。关于代表非洲国家所作的发言，可指出的是加纳是代表一个区域联盟发言。非洲国家在其关于委员会年度报告的集团发言的惯例似乎是表示注意到而不是赞同提议纳入长期工作方案的项目。这似乎使各代表团能够在各自发言中对某一特定专题表示支持(如埃及、塞拉利昂和另一些国家那样)或不支持。<sup>42</sup>

30. 斯洛伐克虽然同意其他许多国家的看法，认为这一专题与委员会继续澄清《国际法院规约》第三十八条所述国际法渊源的工作是一致的，但就“这一专题的复杂性和委员会的实际工作量”提出警告，并提议“只有在完成对‘一般法律原则’的审议之后，才应将这一专题纳入工作方案”。<sup>43</sup>

31. 捷克共和国“感兴趣地注意到”该专题被纳入长期工作方案，但指出它“要强调，只有在认真审议并适当解释为什么委员会优先考虑长期方案清单上的某一特定专题而不是其他专题之后，才能将任何专题从委员会现行方案的现有长期方案清单中移走”。<sup>44</sup>

32. 约有五个提出评论意见的国家似乎对此表示怀疑。<sup>45</sup> 具体而言，荷兰指出，虽然理解委员会希望继续审查《国际法院规约》，但倾向于“国际法委员会侧重于与国际实践更相关的问题”。<sup>46</sup> 奥地利虽然在 2022 年的辩论中支持这一专题，但更直接地指出，关于辅助手段的研究“不像长期工作方案中的其他专题那样对各国而言既紧迫也有实际意义”。<sup>47</sup> 泰国认为，对确定国际法规则的辅助手段的使用有限，这可能会对获得会员国的兴趣和投入构成一些挑战。<sup>48</sup>

33. 无论提到的国家是完全赞同这一专题，还是有一些共同的疑虑，其中一些国家都提供了有益的反馈。特别报告员重视所有评论意见。因此，尽管从本质上讲，

<sup>41</sup> 同上。

<sup>42</sup> 甚至可以说是含蓄表示支持，因为非洲集团的发言进一步呼吁委员会在决定增列新专题时以及在任命特别报告员时考虑对专题采取平衡的办法。见加纳(代表非洲集团)，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]。

<sup>43</sup> 见斯洛伐克，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]。应当指出，斯洛伐克在 2022 年辩论中对专题表示支持。

<sup>44</sup> 捷克共和国，A/C.6/76/SR.17，第 81 段。

<sup>45</sup> 见下列国家的发言：奥地利(A/C.6/76/SR.18，第 56 段)；伊朗(A/C.6/76/SR.16，第 66 段)；荷兰(A/C.6/76/SR.18，第 50 段)；罗马尼亚(A/C.6/76/SR.17，第 28 段)；泰国(A/C.6/76/SR.18，第 21 段)。

<sup>46</sup> 荷兰，A/C.6/76/SR.18。在 2022 年辩论中，荷兰没有就确定国际法规则的辅助手段发表评论意见。在这方面，见 A/C.6/77/SR.23，第 120-123 段。

<sup>47</sup> 奥地利，A/C.6/76/SR.18，第 56 段。如在总结 2022 年辩论的下一节中所讨论的，奥地利在其 2022 年的发言中支持这一专题。奥地利最初的犹豫不决实际上很可能反映了它几年来在第六委员会中表达的长期观点，即委员会应优先在其当前工作方案中增列“普遍刑事管辖权”这一专题。后一专题是根据本文作者的提议于 2018 年纳入长期工作方案的。

<sup>48</sup> 泰国，A/C.6/76/SR.18，第 21 段。

他可能不总是同意所有代表团对实质性问题的看法，但他将始终以敏感性和深刻思考来考虑这些问题。事实上，那些可能被视为更具批评性的国家提出的建设性评论意见和批评，在过去为特别报告员和委员会提供了加强其许多专题工作的机会。因此，国家对审议中的专题的实质性参与总是受到重视的。毕竟，各国及其各机关是委员会工作的主要目标受益者。这个专题也是如此。

34. 关于本专题的范围，大多数提出评论意见的国家普遍欢迎委员会希望对第三十八条第一项(卯)款作出更大的澄清。然而，少数代表团建议，委员会的分析应仅限于该规定。伊朗伊斯兰共和国请委员会“考虑到其在辅助手段方面所受限制，特别是同一规约第五十九条规定的关于法院判决的相对效力的限制。委员会还应避免在司法判例和权威最高之公法学家学说方面的任何过度发展。因此，研究应局限于这两个方面的确定和适用”。<sup>49</sup>

35. 巴西含蓄地谈到国际法文献中关于可能过度依赖世界某些区域的司法判决和学术著作的批评，敦促委员会“适当考虑到世界所有区域对[专题]发展的贡献”。<sup>50</sup>

36. 同样，白俄罗斯建议，“在基于学说渊源确定规范方面，必须使用反映国际社会不同区域对此类渊源的接受和承认程度的公平和规范性标准”。<sup>51</sup> 与巴西一样，另一个亚洲代表团虽然对可能的研究表示欢迎，但也鼓励委员会考虑到广泛的国家实践。<sup>52</sup> 特别报告员将在本报告的有关部分提出他关于专题范围的初步提议，并邀请各国在这方面提供反馈。与此同时，他强烈同意，委员会作为各不同国家的主要编纂机构，其工作应代表世界主要法律体系和各区域。这也符合委员会的章程和惯例。因此，他将始终牢记这一重要考虑因素。<sup>53</sup> 不肖说，他也致力于科学严谨性。

## B. 大会 2022 年辩论

37. 各国在 2022 年辩论中的观点在很大程度上反映了 2021 年辩论的评论意见。出于这个原因，为了避免重复，下文的重点将只突出说明两个明显的趋势。

38. 首先，正如对大会第七十七届会议期间第六委员会辩论(2022 年)的审查所证实的那样，就这一专题发表评论意见的大多数国家都表示坚决支持委员会将这一专题纳入当前工作方案的决定。不出所料，许多赞成将该专题纳入长期工作方案的國家基本上重申它们支持将该专题纳入现行议程。在一些情况下，上一节所述的一些最初表示犹豫的代表团，例如奥地利、巴西、罗马尼亚和斯洛伐克，似乎

<sup>49</sup> 伊朗，A/C.6/76/SR.16，第 66 段。

<sup>50</sup> 巴西，A/C.6/76/SR.17，第 27 段。

<sup>51</sup> 白俄罗斯，A/C.6/76/SR.16，发言逐字记录，第一组，<https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc>，[编纂司存档]。

<sup>52</sup> 中国，A/C.6/76/SR.17，第 5 段。

<sup>53</sup> 见《国际法委员会章程》，第八条。虽然《章程》提及的是委员会当选成员的组成，但隐含之意是委员会的工作也应反映“世界各大文化及各主要法系”。

支持委员会关于开展一项研究和任命一名特别报告员的决定。还有一些代表团没有参加大会 2021 年的辩论。这些代表团也支持这一专题。

39. 在 2022 年辩论中，二十四(24)个国家表示支持委员会推进这一专题的决定。这些国家包括亚美尼亚、<sup>54</sup> 澳大利亚、<sup>55</sup> 奥地利、<sup>56</sup> 巴西、<sup>57</sup> 哥伦比亚、<sup>58</sup> 爱沙尼亚、<sup>59</sup> 印度、<sup>60</sup> 约旦、<sup>61</sup> 马来西亚、<sup>62</sup> 挪威(代表本国和北欧国家)、<sup>63</sup> 菲律宾、<sup>64</sup> 葡萄牙、<sup>65</sup> 罗马尼亚、<sup>66</sup> 塞拉利昂、<sup>67</sup> 斯洛伐克、<sup>68</sup> 南非、<sup>69</sup> 土耳其、<sup>70</sup> 乌干达、<sup>71</sup> 联合王国<sup>72</sup> 和美利坚合众国。<sup>73</sup>

---

<sup>54</sup> 亚美尼亚，[A/C.6/77/SR.24](#)，第 13 段。

<sup>55</sup> 澳大利亚，[A/C.6/77/SR.21](#)，第 82 段。

<sup>56</sup> 奥地利，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 43 段。

<sup>57</sup> 巴西，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 87 段。

<sup>58</sup> 哥伦比亚，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 124 段。

<sup>59</sup> 爱沙尼亚，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 105 段。

<sup>60</sup> 印度，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 48 段。

<sup>61</sup> 约旦，[A/C.6/77/SR.29](#)，第 108 段。

<sup>62</sup> 马来西亚，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 31 段。

<sup>63</sup> 挪威(代表北欧国家)，[A/C.6/77/SR.21](#)，第 43 段；见 [A/C.6/77/SR.29](#)，第 91 段(北欧国家还谈到一个实质问题，指出“虽然北欧国家同意[关于一般法律原则的结论草案的]结论草案 8 和 9 中的基本主张，但认为将其列入既无必要也不适当。司法判决和学说在确定国际法方面的相关性是最好在具体涉及确定国际法规则的辅助手段的工作范围内审议的事项，后者是最近加入委员会工作方案的一个专题。”)。

<sup>64</sup> 菲律宾，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 25 段。

<sup>65</sup> 葡萄牙，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 7 段。

<sup>66</sup> 罗马尼亚，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 111 段。

<sup>67</sup> 塞拉利昂，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 37 段。塞拉利昂同其他一些代表团一样，也强调委员会本应在其当前工作方案中增加“普遍刑事管辖权”这一专题。

<sup>68</sup> 斯洛伐克，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 97 段。

<sup>69</sup> 南非，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 82 段。

<sup>70</sup> 土耳其，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 66 段。

<sup>71</sup> 乌干达，[A/C.6/77/SR.25](#)，第 5 段。

<sup>72</sup> 联合王国，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 86 段。

<sup>73</sup> 美利坚合众国，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 12 段。

40. 其次，从上面的情况来看，以前中立或犹豫不决的代表团的数量发生了变化。尽管如此，捷克共和国、<sup>74</sup> 法国<sup>75</sup> 和泰国<sup>76</sup> 的评论意见反映了与它们在 2021 年的立场相似的观点，而至少有一个在 2021 年就这一专题发言的代表团没有在 2022 年讨论这一问题。有几个代表团提出了将予以适当考虑的实质性问题。

41. 总体而言，在本章最后，为了突出说明大会 2021 年和 2022 年关于这一专题的辩论的主要方面，看起来显而易见的一点是，就确定国际法规则的辅助手段这一专题纳入长期或当前工作方案发表评论意见的绝大多数国家普遍欢迎或支持委员会决定确定和处理这一专题中的问题。特别报告员感谢就这一专题提供意见的所有代表团，并期待它们在今后的辩论中进一步参与这一问题。他还表示希望，来自所有区域组的更多代表团将利用每年提供的机会，就委员会关于本专题的工作交流意见。

---

<sup>74</sup> 捷克共和国，[A/C.6/77/SR.22](#)，第 122 段。该代表团可能也处于与上文讨论的奥地利类似的情况。该代表团长期以来一直持有在第六委员会中表达了几年的观点，即委员会应优先在其当前工作方案中增列“普遍刑事管辖权”这一专题。后一专题是根据本文作者的提议于 2018 年纳入长期工作方案的。

<sup>75</sup> 法国，[A/C.6/77/SR.25](#)，第 44 段。

<sup>76</sup> 泰国，[A/C.6/77/SR.23](#)，第 114 段。

### 三 本专题的范围和成果

#### A. 建议委员会审议的问题

42. 委员会 2021 年第七十一届会议核准的本专题提纲是目前开展研究的基础，其中回顾了渊源对国际法体系的核心作用。提纲还强调了委员会在系统研究和澄清《国际法院规约》第三十八条第一项所提到的国际法基本渊源方面发挥的关键作用。委员会逐步审议《国际法院规约》第三十八条的工作始于 1960 年代拟订一套条约法条款草案(第一项(子)款)，接着于 2012 年开始了关于习惯法的工作，后于 2018 年通过了一套关于习惯国际法的识别的结论草案(第一项(丑)款)，最近的工作涉及一般法律原则(第一项(寅)款)。后一个专题的工作于 2019 年开始，预计将于 2023 年完成一读。接下来将在 2025 年进行二读即最后一读。在现阶段，经过几十年的时间，委员会已系统审议了《国际法院规约》第三十八条第一项的前三款，涉及以下国际法渊源：条约、习惯国际法和一般法律原则。本报告以及今后关于本专题的报告将酌情考虑到以前的这些贡献。

43. 但是，2021 年本专题提纲也解释过，第三十八条第一项(卯)款里提到的第一项的其他方面，即法院适用的作为确定法律规则的辅助手段的司法判例及各国权威最高之公法学家学说，仍然没有得到充分研究。这些辅助手段显然分为两个不同的类别，但旨在发挥类似的辅助作用，委员会尚未对这些手段进行全面研究，以澄清其在国际法各个领域的发展中发挥的重要作用。然而，如同委员会以前关于渊源本身的工作一样，辅助手段及其与渊源的相互作用和关系在有些方面尚不确定。的确，关于司法判例在确定国际法规则方面的性质和地位，以及关于各国权威最高之公法学家学说的作用的类似问题，存在着一些辩论。因此，为了在国际法的明确性、可预测性和统一性方面不留下空白，国际法委员会(以及第六委员会中的一些国家)都认为，不妨同样具体着重于确定国际法规则的辅助手段，从而完成对第三十八条第一项的审议。

44. 在现阶段，考虑到 2021 年的提纲，特别报告员建议委员会解决以下问题。这些问题是说明性的，并非详尽无遗。这里的目的是为委员会成员和各国提供一个充分的基础，以便就拟议的专题范围提出反馈意见。因此，对下文所列问题的讨论并不意味着对本专题有所限制，因为本专题的其他潜在相关问题或方面自然应保持开放供委员会审议，这样才有助益。

45. 总体而言，关于要处理的主要问题，建议委员会的研究应涵盖有关辅助手段的关键基本问题，以澄清和阐述国家与国际性法院和法庭的实践中以及专家机构等其他相关行为体在查明、确定和适用国际法规则过程中，如何使用司法判例、学说和可能的其他辅助手段。在绝不排除随着本专题的工作取得进展可能变得更加明确的其他问题或方面的情况下，建议委员会可主要分析本专题的三个基本要点或部分。

## 1. 辅助手段的来源、性质和范围

46. 本专题的第一个要点或部分将努力澄清在确定国际法规则的过程中辅助手段分类的性质。这里有三个子要素非常重要：第一，澄清辅助手段的来源；第二，术语问题；第三，相关的范围问题。采取狭义(传统)还是广义(现代)办法的问题很重要，对委员会在这个专题上的贡献可能产生的效用有重大影响。需要处理的根本问题是，辅助手段的范围是否仅限于司法判例和各国权威最高之公法学家学说，或者考虑到《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款并非详尽无遗，以及相当重要的是，考虑到各国与国际性法院和法庭的实践，是否其中还包括其他辅助手段。

47. 在确定本专题的范围和澄清术语时(在实践中这方面似乎有些混乱)，可以考虑第三十八条第一项(卯)款的一般含义及其起草历史，最重要的是，考虑过去几十年是如何适用该条款的。这包括澄清“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”等关键术语的范围。关于前者，应考虑法院和其他法庭作出的判例，这些判例是否包括咨询意见，以及国家法院判例相对于国际性法院判例在处理国际法问题上的作用。可以审查“学说”的范围，这一类别的宽窄程度，谁能够产生学说，以及它们的分量。例如，为了使这一领域更加明确，当涉及各种各样的专家机构的工作时，应如何分类？其著作算不算学说？其中一些专家机构，特别是那些履行官方任务的专家机构的决定或声明如何？其成果与私人专家组或法院本身的成果相比如何？还应考虑到这些机构与各国的互动和关系。其中一些问题将在本报告后面的部分作初步讨论。

## 2. 辅助手段与国际法渊源的关系

48. 本专题的第二个要点或部分在某些方面可被视为本专题可能增加的价值的关键，其核心是第一项(卯)款所列辅助手段与国际法渊源，即《国际法院规约》第三十八条第一项(甲)至(丙)款所列条约、习惯法和一般法律原则之间的作用和关系。在这方面，需要考虑的问题包括赋予辅助手段的权重和价值，特别是国际性法院和法庭在澄清和发展国际法方面的司法判例以及各国权威最高之公法学家学说的权重和价值。司法机构在解释和适用条约、习惯法和一般法律原则时得出的结论可以识别或作为对国家、国际组织和其他机构具有约束力的法律义务的渊源，这一概念应得到审查。第三十八条和第五十九条之间的关系，国际法中的先例或所谓的缺乏先例的概念，以及与第三方权利的联系，都需要加以澄清。司法先例是一个老问题。但考虑到与之相关的理论和已经必然被各国默许的实践现实，这一问题对本专题似乎特别重要。越来越多的实证法学研究正在对国际性法院和法庭中先例的实际发展情况进行摸底，这将有助于确立或至少确认在实践中可能发现的模式，使委员会能够得出有用的结论。

## 3. 确定国际法规则的其他辅助手段

49. 本专题的第三个要点或部分，根据对辅助手段专题采取的是狭义还是广义的办法，可能是澄清既非司法判例也非各国权威最高之公法学家学说的其他辅助手段的机会。在这里，委员会可以退后一步，以便勾画一个更广阔的景象，超出第

三十八条第一项(卯)款提到的两个不同类别的严格界限。考虑到该条款显然并非详尽无遗，应该可以审视在国家和国际组织以及国际性法院和法庭的实践中，辅助手段随着时间的推移而发展的情况。这种审视很可能表明，在过去几十年中，各国曾要求国际法庭采用各种法律工具来解决国家间有争议的争端。在此过程中，这些法庭审查了与第三十八条第一项明确提到的法律渊源有关但不限于这些渊源的义务渊源。在这方面，国际法中国家义务的两个最常提到的现代渊源是国家的单方面行为/声明和(或)国际组织的决议。因此，本报告将就此进行讨论。我们还可以根据这方面的实践和文献，考虑是否有其他辅助手段，如衡平法、宗教法或国家与国际企业之间的协定。

50. 最后一个问题，即国际法的一贯性<sup>77</sup> 和统一性问题，也可能影响本专题的范围，从而影响其效用和复杂性。因此，需要提及这个问题。这个问题之所以出现，是因为本专题的基础之一无疑是对司法判例的分析。2021 年的提纲解释说，在某些情况下，有人担心不同的国际性法院和法庭可能同时处理同一争端，在这样做时，它们可能就同一国际法律问题得出相互矛盾的裁判和(或)结论。因此，这会引发关于它们各自的机构管辖权及其彼此之间等级关系的辩论等问题。<sup>78</sup> 提纲承认这些问题在实践中确实会出现，但认为，虽然这些对司法判例相互冲突的关切有一定意义，但它们不属于本专题的范围。这一结论是在没有对这一具体问题进行彻底辩论的情况下得出的。

51. 在研究司法判例作为确定国际法规则的辅助手段的作用时似乎自然会出现这一问题，而且至少有一个国家(即葡萄牙)的评论似乎暗示了这一问题，鉴于其重要性，特别报告员认为，现在应由整个委员会来决定是否应将这一问题排除在本专题的范围之外。特别报告员认为有义务提出这一问题，唯一的目的是获得委员会在这方面的指导。他随时愿意就这一问题提供更多的细节，根据所表达的意见，他可以在今后的报告中以更实质性的方式进行讨论。

## B. 结论草案作为最后成果

52. 特别报告员支持委员会 2021 年的决定，其中指出，附有评注的结论草案是本专题最适当的成果形式。如提纲所述，<sup>79</sup> 倾向于结论草案这种形式，这符合并可补充委员会之前对最近的几个专题采取的做法，这些专题涉及国际法的渊源和

<sup>77</sup> 关于对辩论各个阶段的分析，以及国际法学者现在可能对国际法日益“司法化”所造成的不成体系问题的看法，见 Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds) *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), p. 6。在国际性法院和法庭似乎激增的背景下，就可能的管辖权竞争进行的早期彻底讨论，见 Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2003)。

<sup>78</sup> 《大会正式记录，第七十六届会议，补编第 10 号》(A/76/10)，第四章，第 27 段。

<sup>79</sup> 《大会正式记录，第七十六届会议，补编第 10 号》(A/76/10)，附件，第 8 段。

相关问题，即与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践、<sup>80</sup> 习惯国际法的识别、<sup>81</sup> 一般法律原则<sup>82</sup> 以及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果。<sup>83</sup>

53. 尽管如此，在国际法委员会内部以及第六委员会各国讨论其他提到的专题时，都提出了“结论草案”在实践中的含义问题。导致这种关切的部分原因似乎是国际法委员会越来越多地使用结论草案，而不是各国更熟悉的传统条款草案，作为各种研究的最终成果形式。另一个关切是这种选择的实际意义。因此，有必要就这一问题提出两点简短但重要的看法。

54. 首先，应当强调，甚至在第六委员会的一些代表要求国际法委员会澄清结论草案的含义之前，国际法委员会就已经在审议这一复杂问题，即与其他专题中诸如条款草案等其他成果相比，选择结论草案作为成果形式所产生的影响。这一问题是在国际法委员会有关其他成果类型的工作中出现的。随后，委员会处理此类问题的适当附属机构即工作方法常设工作组的报告公开提到了这一事项。<sup>84</sup> 如委员会 2022 年提交大会的报告所述，该工作组将在 2023-2027 五年期的剩余年份继续审议术语问题和其他各种问题。<sup>85</sup> 所得出的任何结论将一如既往地转递给各国和大会，征求反馈意见。因此，尽管这一问题很重要，但本报告不是讨论这个问题的地方，更不用说解决这个问题了。

55. 第二，无论如何，在委员会的实践中，迄今为止关于“结论草案”还没有一刀切的定义。选择成果的指导原则似乎主要是由所审议专题的具体需要驱动的。尽管如此，为了消除由于在本专题中有意使用结论草案而可能引起的任何关切，应说明关键的一点。按照此处使用的含义，应将结论草案理解为对理性审议过程的结果所作的陈述，以及对在确定国际法规则的辅助手段方面发现的实践的再次阐述。其本质特征是以现行实践为基础澄清法律。因此，这些结论草案的内容符合委员会的《章程》以及关于最近的渊源及相关专题的既有惯例，主要反映国际法的编纂并可能反映国际法逐渐发展的要素。

56. 总而言之，在这一点上，考虑到委员会在实质性审议《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)和(寅)款时采用了结论草案作为最终形式，委员会就第一项(卯)款中确定国际法规则的辅助手段使用同样的成果形式是合乎逻辑的。对委员会 2021 年已决定的做法有任何的偏离，都将造成不必要的混乱和引起不必要的怀疑。

<sup>80</sup> 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，第 23-82 页，第 39-52 段。

<sup>81</sup> 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，第 89-112 页，第 53-66 段。

<sup>82</sup> 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第八章，第 306-322 页(计划在本五年期结束前完成一读)。

<sup>83</sup> 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第四章，第 10-89 页。

<sup>84</sup> 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第十章 C.2 节，第 344 页，第 255 段。

<sup>85</sup> 同上，第十章 C.2 节，第 344 页，第 256 段。

### C. 术语澄清

57. 本章的最后一个方面涉及术语。在编写本报告的过程中，特别报告员发现，在讨论本专题时，实践和文献中使用了各种各样的术语。从这一角度出发，为了避免或至少尽量减少委员会在审议本报告和本专题时的模糊性，他认为，最好对关键术语具有共同的理解。在这方面，有必要提出有两点看法。

58. 首先，作为出发点，在本专题中提到“确定法律规则的辅助手段”时，所指的是《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款中所载的术语。为了我们的目的，本报告和本专题将使用“确定国际法规则的辅助手段”一词，但无论如何，应视为等同于“确定法律规则的辅助手段”。换言之，《国际法院规约》中的“法律规则”一词将经常但并非总是被“国际法规则”一词取代。这是为了与本专题的标题保持一致，选择这一标题是为了强调本项目的主旨是确定国际法规则。重要的是，“法律规则”一词可被视为比“国际法规则”一词更广泛的事实从来不是本意，因此绝不会限制本专题的范围。

59. 显然，关于术语的第二点也是最后一点，《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)项明确提到在起草《常设国际法院规约》和《国际法院规约》时被称为“辅助性”的两类“手段”：“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”。“司法判例”一词可简称为“判例”，而“学说”有时可称为教义、著述、学识、文献、著作，甚至成果或声明。这两个术语应在其最广泛的意义上理解。“公法专家”一词听起来有些过时，有时可能被现代用法中较普遍的其他用语所取代，例如学者、法学家、作者、著述者或评论者。上述理解基本上与委员会以往的工作一致。<sup>86</sup>

60. 最后，通过研究这一专题并处理上述主要问题和工作过程中可能出现的任何其他相关问题，预计委员会的研究报告将为各国、国际组织、国家和国际性法院和法庭，以及包括法律学者和国际法从业人员在内的那些有理由讨论确定国际法规则的辅助手段实质的所有各方，提供有益的指导。

---

<sup>86</sup> 所用术语一般沿用委员会在关于习惯国际法的识别的结论中使用的类似术语。在这方面，根据秘书处备忘录中的讨论，见委员会提交联合国大会的2018年报告中的结论13和14及其随附评注。

## 四 方法

61. 现在谈谈方法。特别报告员建议委员会根据其《章程》和惯例，<sup>87</sup> 也应遵循其关于本专题的既定工作方法。这就要求委员会尽可能全面和客观地综合审查关于本专题的各种第一手和第二手材料及法律文献。在这方面，委员会其他成员的投入将补充特别报告员为其报告进行的研究。各国提交的任何意见，无论是在大会第六委员会关于本专题的年度辩论中发言时提交的，还是应具体要求提交的意见，都将得到认真考虑。这同样也适用于秘书处为满足委员会的要求而进行的研究。

62. 关于这一专题的工作应主要以国家实践为指导。这可能会引发国家实践意味着什么的问题。当然，国家实践可以采取许多不同的形式。委员会在 2018 年关于习惯国际法的识别的结论中试图澄清最常见的国家实践形式。委员会澄清说，国家实践将包括国家行为，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能，例如公开声明，相关国际和国家法院和法庭的判例；国家的法律、法令和其他文件；条约和其他国际文书，包括现有的准备工作材料；外交往来以及在全球性或区域性的国际性法院和法庭上的诉状。为了本专题的目的，还将酌情审议国际组织的实践，<sup>88</sup> 无论是全球性的还是区域性的国际组织。

63. 鉴于本专题的性质，侧重于从司法判例开始研究确定法律规则的辅助手段，应特别注意国际性法院和法庭的判例。毕竟，第三十八条旨在为特定法院的司法程序提供指导。在这方面，与委员会以前关于国际法渊源的相关研究一样，将关注国际法院及其前身常设国际法院的工作，国际法院的判例经常依据常设国际法院的判例。<sup>89</sup> 本专题将审议国家间仲裁法庭的判例，虽然其本身不是司法判例，但委员会以前的专题也审议了这些判例。这似乎合乎道理，因为国家间仲裁法庭和其他仲裁法庭往往适用国际法，而且无论如何，国家和国际性法院在处理有关国际法问题的争端时都会参考这些仲裁法庭。<sup>90</sup>

<sup>87</sup> 在这方面，见《大会正式记录，第七十六届会议，补编第 10 号》(A/76/10)，附件，第 32-34 段和第 39 段(除其他外，援引《国际法委员会章程》第 20 和 24 条)。

<sup>88</sup> 如目前所见，这里对国际组织的实践与国际性法院和法庭的实践包括其判例有所区分。

<sup>89</sup> 在裁判和咨询意见中可能有许多例子，见《接纳国家成为联合国会员国的条件(《宪章》第四条)，咨询意见，1948 年国际法院案例汇编》，第 57 页，见第 63 页(“法院认为案文足够清楚；因此，认为不应偏离常设国际法院的一贯做法，根据这一做法，如果公约案文本身已足够清楚，则无需诉诸准备工作”)和《联合国公务中所受损害赔偿，咨询意见，1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页，见 182 页(“根据国际法，本组织必须被视为拥有《宪章》虽未明文规定但以必然含意赋予它的为履行其职责所必不可少的权力”。法院接着指出，“常设国际法院在其 1926 年 7 月 23 日第 13 号咨询意见(B 辑，第 13 号，第 18 页)中对国际劳工组织适用了这一法律原则，因此必须适用于联合国”。)。为了强调其对这一判例的忠实性，法院在其他判例中甚至将自己的判决与常设国际法院的判决区分开来，有关这一做法，例如见《核试验(澳大利亚诉法国)，判决书，1974 年国际法院案例汇编》，第 253 页，见第 270 页，第 54 段。

<sup>90</sup> 这一点在早期文献中存在争议，关于仲裁法庭的判例是否构成第三十八条第一项(卯)款中的“司法判例”存在相当大的争论。本报告在后面将讨论这一问题，但在现阶段，只要强调这一问题在实践中并不是一个真正的挑战就足够了，因为法院在实践中参考了这类判例。有关精彩的分析，见 Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 35。

64. 在不质疑国内法院判例的普遍相关性(这些判例也必须予以考虑)的情况下,国际性(国际化)法院和法庭的判例法值得考虑。例如,其中包括国际法院、国际海洋法法庭、前南斯拉夫问题和卢旺达问题特设国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭以及世界贸易组织争端解决机构。还将参考非洲人权和民族权法院及委员会、欧洲联盟法院、欧洲人权法院和美洲人权法院及委员会等区域法院和法庭的判例法,以及人权条约机构的做法。尽管如此,虽然我们参考特定法院和法庭的判例,但目的是得出同等适用于所有法院的一般性结论,不仅适用于现有的法院,而且适用于将来可能设立的法院。

65. 特别报告员认为,考虑到本研究是关于辅助手段的,在借鉴如此多样的判例时,至少有两个重要的考虑因素始终值得牢记。第一,关于其他国际性法院,可能提出的问题是,这些法院是否适用与国际法院类似的方法,特别是考虑到它们各自独特的法律依据。第二,虽然在技术上不一定要遵循这些判例,但必须考虑国际法院和各国在处理国际法问题时,是否因这些法院的判例作为国家实践证据的可能作用,自动将其视为一种有说服力的辅助手段。

66. 当然,除国家实践外,还将审查关于渊源专题和确定国际法规则的辅助手段的相关学术著作。审查多种学术著作似乎很重要,特别是考虑到本专题的性质以及《规约》第三十八条第一项(卯)款的文字与精神。将尽最大努力考虑到关于这一专题的各种观点。同样按照既定惯例,其中将既包括学者个人的著作,也包括专家组的著作,无论专家组是私立的还是国家设立的。

67. 特别报告员将非常感谢委员会成员和各国以各种语文提出有关材料的任何建议。这应有助于确保世界各主要法律体系、语文和区域具有更大的代表性。

68. 最后,与最近完成的其他研究一样,委员会可在研究结束时列入一份多语种文献目录。文献目录的价值主要在于为可能有理由处理辅助手段问题的法学家和其他研究人员提供一个研究起点。当然,风险在于文献目录无法与时俱进的性质。因此,目录很快就会过时。同时,在关于本专题的工作结束时汇编一个全面的参考文献目录可能确实有用,因为可为未来的研究人员提供一份方便的指南,介绍到目前为止关于这一主题发表的主要学术著作。<sup>91</sup> 鉴于关于本专题的出版物数量庞大,可能需要采取一定程度的取舍。接下来的问题是这种取舍的指导标准。可以建议,著作的质量和对于世界主要法律体系、区域和语文的代表性可以作为收录的主要标准的一部分。同样,特别报告员将非常感谢委员会成员和各国就适合多语种文献目录的相关第一手和第二手材料提出任何建议。

<sup>91</sup> 参考文献目录的设想已经在本专题的提纲中列出。《大会正式记录,第七十六届会议,补编第10号》(A/76/10),第六章,第38(四)段。

## 五 委员会以往关于辅助手段的工作

69. 为本报告的目的，必须回顾委员会以往似乎与审议这一专题特别相关的工作。因此，在本章中，特别报告员在很大程度上借鉴了秘书处的备忘录，力求提供一些背景，使委员会能够酌情参考以前工作。他在本报告中纳入了主要意见及附带解释。不过，由于篇幅限制，没有讨论所有方面。为了更全面地了解情况，请各位成员将本章与秘书处备忘录一并阅读。

70. 考虑到委员会过去几十年在国际法渊源方面的大量工作，委员会在其完成的几乎所有专题中都依据了辅助手段，这并不出乎意外。不过，正如接下来将看到的那样，这种使用不一定总是在第三十八条第一项(卯)款的范围内。<sup>92</sup> 秘书处的备忘录确认了这一点，其中“采取一种宽泛的做法，即列入此类提及司法判例和学说的实例，而秘书处不就委员会是否依据这些材料作为第三十八条第一项(卯)款意义上的辅助手段发表意见”。<sup>93</sup> 理应如此。因为最终应由委员会审查秘书处汇编的委员会本身在过去的工作，以确定委员会是否曾明确或含蓄地确定，“在其工作中对司法判例或学说的具体提及”<sup>94</sup> 是否是将这些材料作为《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款意义上的辅助手段使用。

71. 就形式而言，秘书处的备忘录就委员会以往可能与本专题特别相关的工作提出了一系列意见。在这方面，备忘录在讨论了几个初步问题之后(导言)，首先讨论了委员会对确定国际法规则的司法判例和学说的概念构想和理解(第二章)，包括有关“辅助手段”、“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”的部分，其次是对委员会在其工作中使用司法判例和学说情况的评估(第三章，A 节)。第三章列举了使用司法判例和学说确定条约法、习惯国际法和一般法律原则规则的实例(B 节)。备忘录随后概述了委员会在审议有关国际法体系和国际法渊源与规则之间相互作用的更广泛问题时对司法判例和学说的依赖(第三章，C 节)，最后讨论了委员会如何将司法判例和学说纳入其工作方法(第四章)。<sup>95</sup>

72. 虽然秘书处备忘录涵盖的所有领域都可能提供宝贵的见解，为委员会关于这一专题的工作提供参考，但为本报告的目的，本章将侧重于司法判例和学说在委员会的实践中的使用。备忘录所解释的其他方面，特别是辅助手段的概念构想，可能与本报告侧重于理论问题的其他部分相关。委员会在涉及国际法体系以及国际法渊源之间相互作用的更大问题上使用辅助手段的情况，以及用于确定各种辅助手段价值的标准，将主要在特别报告员今后的报告中加以讨论。

<sup>92</sup> “秘书处的备忘录：确定国际法规则的辅助手段——国际法委员会以往工作中可能与该专题特别相关的内容”(“秘书处备忘录”)，A/CN.4/759，第3段。

<sup>93</sup> “秘书处备忘录”，A/CN.4/759，第3段。

<sup>94</sup> “秘书处备忘录”，A/CN.4/759，第3段。

<sup>95</sup> “秘书处备忘录”，A/CN.4/759，摘要。

## A. 委员会对其《章程》第 24 条和辅助手段的评估

73. 在讨论备忘录关于委员会使用辅助手段的做法的主要意见之前，必须考虑关于《委员会章程》第 24 条的一些初步意见，<sup>96</sup> 秘书处也提出了这些意见，其中强调以下几点。

74. 委员会于 1950 年向大会提交了一份报告，讨论“使习惯国际法之资料更易于查考的方法和手段”，其中强调了这一法定区别：<sup>97</sup>

《委员会章程》第 24 条似乎偏离了《法院规约》第三十八条的分类，将关于国际法问题的司法判例列为习惯国际法的证据。然而，这种偏离可能是合乎逻辑的，因为此类判例，特别是国际性法院的判例，可能阐述和运用习惯国际法的原则和规则。此外，一个国家的实践可能由其国家法院的判例来表明。<sup>98</sup>

75. 委员会的上述报告进一步指出：

要从各种材料中寻找国家实践的证据。《委员会章程》第 24 条提到“关于国家惯例的文件”(*documents établissant la pratique des Etats*)，但并没有为判断这类“文件”的性质提供任何标准。揭示在国际关系中出现的众多问题中每个问题上的国家实践的材料种类繁多，全部列出也不切实际。<sup>99</sup>

76. 不过，委员会确实提供了一份关于习惯国际法的证据的“类别”或类型的非详尽清单，包括国际文书的案文、国际性法院的判例、国家法院的判例、国家立法、外交函件、国家法律顾问的意见和国际组织的惯例。<sup>100</sup>

## B. 委员会在其工作中对辅助手段的例行使用

77. 在上述背景下，注意到委员会承认辅助手段特别是司法判例在习惯国际法中的重要性，备忘录讨论了委员会使用司法判例的一般方法。其中还提供了具体实例，说明委员会如何利用司法判例和法院判决，以及各种学说，包括学者个人和专家机构的著作。

78. 秘书处对委员会使用司法判例和学说的方法提出了两点评估意见。第一，委员会对司法判决和学说的依赖的性质及其程度，因所审议专题的性质和该领域法律的发展方式而异。<sup>101</sup> 例如，在国家的单方面声明专题中，法律主要是通过国家

<sup>96</sup> 《委员会章程》第 24 条规定：

“委员会应研究方式和方法，便利各方利用国际习惯法的依据，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，并应就此事项向大会提出报告。”

<sup>97</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 10 段。

<sup>98</sup> 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 368 页，第 30 段。

<sup>99</sup> 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 368 页，第 31 段。

<sup>100</sup> 同上，第 31 页，以及第 368-372 页，第 32-78 段。

<sup>101</sup> 见“秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，意见 20，第 65-69 段。

间实践和源自此种实践的国际法院判决而发展起来的，委员会主要以国际法院的判决为依据。委员会将其后来通过的《指导原则》的评注称为“……解释性说明，回顾了国际法院的判例以及……相关国家实践”。<sup>102</sup>

79. 相比之下，在国家责任专题中，委员会在确定与国家对其国际不法行为的责任有关的国际法基本规则时，审议了现有的范围广泛的大量材料，其中包括常设国际法院和国际法院案件、仲裁裁决、区域人权法院的判决、专家条约机构的声明、索偿委员会的案件、国家司法判例和学说。<sup>103</sup> 此外，在关于外交保护的条款中，“国家可行使其权利，代表受损害的本国国民向其他国家提出国际索赔，条件是已用尽国内补救办法，委员会再次审议了常设国际法院和国际法院确定的相关规则和原则、<sup>104</sup> 其他法院和法庭的一系列判决以及与确定条款草案所载规则和原则有关的学说”。<sup>105</sup>

80. 委员会经常依据常设国际法院和国际法院的判例以及一系列其他材料来确认或支持从许多多边条约、宣言和其他此类国际文书、条例和国际组织的决议中得出的与危险活动跨界损害所造成损失的国际责任专题有关的规则和原则。<sup>106</sup>

81. 秘书处对委员会使用辅助手段的一般方法进行的第二点评估意见认为，在国际法的编纂和逐渐发展方面，委员会既依据司法判决，也依据学说。<sup>107</sup> 这一点反映在许多专题中，最近尤其反映在与武装冲突有关的环境保护原则中，委员会以司法判例和学说等材料为依据来支持其拟订这些原则的工作；原则中包含“具有不同规范意义的规定，有些反映习惯国际法，有些载有关于其逐渐发展的建议”。<sup>108</sup>

82. 在对原则 3 第 1 段的评注中，委员会除了提到有关的国际条约外，还提到国际法院的两个案件<sup>109</sup> 以及红十字国际委员会(红十字委员会)的一些研究、准则和

<sup>102</sup> “适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则”，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 161 页，脚注 873。

<sup>103</sup> 见关于国家对国际不法行为的责任的条款的评注，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 77 段。

<sup>104</sup> 例如，见外交保护条款的第 1 条的评注第(3)和(4)段，二读案文及评注，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 27 页。

<sup>105</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 68 段。例如，见外交保护条款的第 4 条的评注第(6)和(7)段、第 6 条的评注第(3)段和第 7 条的评注第(3)段，《2006 年……年鉴》，同上，第 30 页和第 33-34 页。

<sup>106</sup> 见关于预防危险活动所致跨界损害的条款的一般性评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 148 页。

<sup>107</sup> 见“秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，意见 21，第 70-78 段。

<sup>108</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 71 段。例如，见关于海洋法的条款及评注，第 3 条的评注 4，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 265 页。关于与武装冲突有关的环境保护的原则，原则 3 的评注第(4)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 101 页。

<sup>109</sup> 关于与武装冲突有关的环境保护的原则，原则 3 的评注第(1)至(10)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 101-104 页，脚注 345-360，提及尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案，以及关于在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见。

评注，<sup>110</sup> 以支持原则 3 中的习惯国际法义务，其中载有加强与武装冲突有关的环境保护的总体义务，包括向武装部队宣传武装冲突法的义务，以及各国尽可能发挥影响力防止和制止在违反武装冲突法行为的义务。<sup>111</sup>

83. 秘书处就委员会依据与武装冲突有关的环境保护原则中的辅助材料提出了一项有趣的意见：

原则草案中被定性为反映现有法律义务(现行法)的方面主要是通过提及条约规定和国际法院的判例来提供支持，而超出现有法律义务(拟议法)的方面则主要是通过学说来提供支持。<sup>112</sup>

84. 关于发生灾害时的人员保护的条款的评注也支持这一意见，这些评注不仅依据核心国际文书<sup>113</sup> 和相关的但不具约束力的国际文书，“而且也依据一些可被视为‘学说’的出版物和其他文件”。<sup>114</sup>

85. 在武装冲突对条约的影响条款第 10 条的评注中，委员会依据《维也纳条约法公约》第 43 条和国际法院在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案中的附带意见，主张习惯国际法义务继续在终止或中止的条约义务外适用。<sup>115</sup>

86. 不过，秘书处建议，虽然上述例子可能说明委员会的方法的某种倾向，即在编纂现行国际法时主要以条约规定、其他国际文书和国际司法判例为依据，但这不应被视为委员会的统一做法。例如，在武装冲突对条约的影响条款中被称为具有至关重要意义的第 3 条(一般原则)的评注中，委员会在确定法律稳定性和连续性的一般原则时，完全依据国家司法判例(来自联合王国和美国)和学说，其中包

<sup>110</sup> 原则 3 的评注第(1)至(10)段，同上，第 101-104 页，脚注 345-360，提及红十字委员会《习惯国际人道法研究》、红十字委员会《武装冲突中保护自然环境的准则》和红十字委员会关于 1949 年日内瓦四公约及 1977 年附加议定书的评注。

<sup>111</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 72 段。红十字国际委员会的学说“也被用来支持原则 3 第 2 段，如该原则的评注所述，该原则在某些方面扩大到自愿措施，因此超出了国家的习惯义务和条约义务”，见原则 3 的评注第(11)至(13)段，脚注 361 至 363，A/77/10，第 104-105 页。

<sup>112</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 74 段，“例如，关于指定受保护区的原则 4 的评注第(4)段中也证明了这种方法，其中委员会除其他外，依据红十字国际委员会《武装冲突中保护自然环境的准则》和《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》，说明可能属于该原则范围的环境区的类型；见关于与武装冲突有关的环境保护的原则，原则 4 的评注第(4)段，A/77/10，第 106 页。另见关于人员流离失所的原则 8 的评注第(11)段，其中委员会以各种方式依据难民署、人权高专办、环境署和国际移民组织的出版物，支持在应采取措施防止、减轻和补救对环境的损害的各领域，对“所在”和“经过”这两个术语做出广义解释，见关于与武装冲突有关的环境保护的原则，原则 8 的评注第(11)段，A/77/10，第 120 页”。

<sup>113</sup> 包括《联合国宪章》、1948 年《世界人权宣言》以及 1966 年《公民及政治权利国际公约》以及《经济社会文化权利国际公约》。

<sup>114</sup> 包括红十字会与红新月会国际联合会《国际救灾及灾后初期复原援助的国内协助及管理准则》、国际法学会关于人道主义援助的决议和人道协调厅《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》(《奥斯陆准则》)，一般而言，见关于发生灾害时的人员保护的条款第 4 和 5 条的评注，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32-35 页。

<sup>115</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 78 页；武装冲突对条约的影响条款第 10 条的评注第(1)和(2)段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 116 页。

括国际法学会 1985 年关于武装冲突对条约的影响的决议、《奥本海国际法论》和麦克奈尔有关《条约法》的论述，以确定法律规则的存在：“已经显而易见，根据当代国际法，武装冲突的存在并不自动结束或中止现行的协议”。<sup>116</sup>

### C. 委员会对国际法院和其他法院司法裁决的依赖

87. 备忘录载有关于委员会使用司法裁决的若干意见，确认司法裁决在委员会工作中的普遍性。有六条一般性意见特别侧重于委员会利用常设国际法院和国际法院裁决的情况。现简要介绍如下。

88. 首先，备忘录确认，在委员会所依据的司法裁决中，委员会特别重视常设国际法院和国际法院的裁决。这可以从委员会自 1949 年以来所审议的大多数专题都提到常设国际法院和(或)国际法院的裁决这一事实中看出。<sup>117</sup> 这些裁决的特殊意义还体现在委员会评注中所给予它们的突出地位和重视程度，包括委员会关于国家对国际不法行为的责任条款和条约法条款等一些基本工作的评注。<sup>118</sup> 备忘录提供的例子载于国家对国际不法行为的责任条款第 1 条的评注、<sup>119</sup> 条约法条款第 6 条的评注<sup>120</sup> 和国家单方面行为专题。<sup>121</sup>

89. 其次，委员会曾多次将常设国际法院和国际法院的裁决视为对现行国际法的陈述，并直接依据这些裁决的案文来拟订条款，或密切以此为依据拟订条款。<sup>122</sup> 委员会对条款草案、结论、原则等的一些提法就是根据这些裁决拟订的。<sup>123</sup> 例

<sup>116</sup> “秘书处的备忘录”，A/CN.4/759，第 77 段，武装冲突对条约的影响条款及评注，第 3 条的评注第(2)段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 111-112 页。

<sup>117</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 22，第 79-83 段。

<sup>118</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 80 段。

<sup>119</sup> 见国家对国际不法行为的责任条款，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：第 1 条的评注第(2)段，第 77 段，援引摩洛哥磷酸盐案，1938 年常设国际法院，汇编 A/B，第 74 号，第 10 页，见第 28 页；科孚海峡案，案情实质，判决，《1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 23 页；尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)案，案情实质，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 142 页，第 283 段，和第 149 页，第 292 段；加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，见第 38 页，第 47 段。霍茹夫工厂案，管辖权，1927 年第 8 号判决，常设国际法院，汇编 A，第 9 号，第 21 页；同上，案情实质，1928 年第 13 号判决，常设国际法院，汇编 A，第 17 号，第 29 页。常设国际法院，1938 年，汇编 A/B，第 74 号，第 10 页，见第 28 页。

<sup>120</sup> 见关于条约法的条款，《1966 年……年鉴》，第二卷：第 6 条的评注第(2)段，第 38 段，东格陵兰法律地位案，常设国际法院，1933 年，汇编 A/B，第 53 号，第 71 页；第 15 条的评注第(1)段，第 38 段，波兰上西里西亚的某些德国利益案，常设国际法院，1926 年，汇编 A，第 7 号，第 30 页。

<sup>121</sup> 见适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：一般性评注第(2)段，第 162 页，其中提及核试验(澳大利亚诉法国)案，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 253 页，以及核试验(新西兰诉法国)案，同上，第 457 页；指导原则 4 的评注第(1)段，第 163 页，提及刚果境内的武装活动(新请求书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)案，管辖权和可受理性，判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 28 页。

<sup>122</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 23，第 84-100 段。

<sup>123</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 84 段。

如，在关于海洋法的条款中，评注指出，一些规则是根据一读案文重新拟订的，以符合国际法院在渔业案中的裁定。<sup>124</sup> 这些条款还包括“正式禁止干涉用于公海两部分之间航行的海峡通行的条款”。通常用于公海两部分之间国际航行的“海峡”一词“是国际法院在科孚海峡案的裁决中提出的”。<sup>125</sup>

90. 关于国家对国际不法行为的责任条款载有许多以常设国际法院和国际法院的裁决以及其他国际性法院和法庭的裁决为基础的规定的例子。<sup>126</sup> 这包括一国因实施不法行为而作出赔偿的义务以及这种赔偿的形式。这些都是从霍茹夫工厂案以及国家责任条款第 48 条中对巴塞罗那电车公司案的依赖中得出的。

91. 委员会直接依赖国际法院裁决的案文来拟订条款的另外两个例子，首先见关于国际水道非航行使用的条款。委员会在该条款的评注中指出，第 17 条第 2 款的措辞，关于谈判……“主要是受到[国际法院]在渔业管辖权(联合王国诉冰岛)

<sup>124</sup> 关于海洋法文章，《1956 年……年鉴》，第二卷：第 5 条的评注第(2)段，第 267 页，涉及直线基线，其中指出，“委员会解释法院以 10 票对 2 票的多数就有关问题作出的判决，认为该判决表达了现行法律；因此，它根据这一判决起草了该条……”；第 5 条的评注第(4)段，第 267 页，指出，委员会在 1955 年第七届会议上“……作了一些修改，使案文更接近法院在上述渔业案中的判决”；委员会在关于海湾的第 7 条的评注第(1)段第，第 269 页，指出，“委员会通过这一规定，弥补了 1930 年海牙编纂会议已经提请注意的、国际法院在渔业案判决中再次指出的遗漏”。

<sup>125</sup> 第 17 条的评注第(3)段，同上，第 273 页。

<sup>126</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 86 段。见关于国家对国际不法行为的责任的条款，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：第 2 条的评注第(2)段，第 34 页，提到美国驻德黑兰的外交和领事人员案，判决，《1980 年国际法院案例汇编》，第 3 页，见第 29 页，第 56 段。Cf. 第 41 页，第 90 段。另见尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)案，案情实质，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 117-118 页，第 226 段；加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，见第 54 页，第 78 段。第 3 条的评注第(4)段，第 37 页，援引渔业案，判决书，《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 132 页；诺特博姆案，初步反对意见，判决，《1953 年国际法院案例汇编》，第 111 页，见第 123 页。1902 年婴儿监护公约的适用案，判决，《1958 年国际法院案例汇编》，第 55 页，见第 67 页；1947 年 6 月 26 日《联合国总部协定》第 21 节规定的仲裁义务的适用性案，咨询意见，《1988 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 34-35 页，第 57 段；西西里电子有限公司(ELSI)案，判决，《1989 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 51 页，第 73 段；第 3 条的评注第(3)段，第 36-37 页，提到 S.S. “温布尔登”案，常设国际法院，1923 年，汇编 A，第 1 号，第 15 页，见第 29-30 页；第 53 条的评注第(1)段，第 94 页(“本条款文与关于国家对国际不法行为的责任的第 51 条相同”，但增加了几个字，转载了国际法院在加布奇科沃-大毛罗斯项目案中提出的要求，即“反措施的效果必须与所受损害相称，考虑到有关的权利”)；第 2 条的评注第(7)段，第 35 页，提及霍茹夫工厂案，管辖权，1927 年常设国际法院第 8 号判决，汇编 A，第 9 号，第 21 页；同上，案情实质，1928 年第 13 号判决，常设国际法院，汇编 A，第 17 号，第 29 页。联合国公务中所受伤害的赔偿案，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页，见第 184 页；新西兰和法国之间关于两国 1986 年 7 月 9 日缔结的两项协定的解释或适用的分歧案，这些协定涉及“彩虹勇士号”事件引起的问题，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号 E/F.93.V.3)，第 215 页(1990 年)，第 251 页，第 75 段；第 31 条的评注第(3)段，第 91 页，援引霍茹夫工厂案，管辖权，1927 年常设国际法院第 8 号判决，汇编 A，第 9 号，第 21 页；同上，案情实质，1928 年第 13 号判决，常设国际法院，汇编 A，第 17 号，第 47 页；第 48 条的评注第(8)段，第 127 页，提及国际法院巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案，判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

案判决的启发和仲裁法庭对拉诺湖案的裁决”。<sup>127</sup> 其次，国家继承涉及的自然人国籍问题条款的评注强调，要求个人与国家之间有“有效”联系的目的是“使用[国际法院]在诺特博姆案中的用语”。<sup>128</sup>

92. 秘书处就委员会使用常设国际法院和国际法院的裁决提出的第三点意见是，在许多情况下，委员会依赖常设国际法院和国际法院的裁决来为各项规定提供信息或提供理由，而不一定将其作为拟订依据。<sup>129</sup> 委员会利用这些裁决来指导和支助其几乎所有专题的工作。例如，委员会有时提到其工作与国际法院的判例“相一致”<sup>130</sup> 或受其启发。<sup>131</sup> 与前一条意见不同的是，这条意见中对常设国际法院和国际法院的依赖通常在评注中讨论。

93. 例如，在关于国家对国际不法行为的责任条款中，第五章讨论了解除不法性的情况。委员会在关于该章的一般性评论中指出，这种情况并不取消或终止有关义务；相反，它们为在有关情况存在时不履行义务提供了理由。委员会认为，“国际法庭的裁决，特别是国际法院加布奇科沃-大毛罗斯项目案，清楚地表明了这一区别”。<sup>132</sup> 这一区别是第五章条款的基础，但只在评注中讨论。

94. 关于外交保护条款，在评注中以常设国际法院的裁决为依据，作为由每个国家决定谁是其国民的原则的基础。<sup>133</sup> 这一原则贯穿于第 4 条案文，但未在该条

<sup>127</sup> 见国际水道非航行使用法的第 17 条的评注第(3)段，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 116 页，其中提到渔业管辖权诸案(联合王国诉冰岛)(德意志联邦共和国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 3 和 175 页，以及拉诺湖仲裁案，《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷(出售品编号：63.V.3)，第 281 页起。

<sup>128</sup> 关于国家继承涉及的自然人国籍问题第 19 条的评注第(5)段，《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页。

<sup>129</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 24，第 101-105 段。

<sup>130</sup> 对准则 1.5.3 的评注第(9)段。关于保留，《2011 年……年鉴》，第二卷，第三部分，第 74 页。(“这些意见与国际法院的判例是一致的，特别是 1998 年 12 月 4 日就西班牙与加拿大之间的渔业管辖权案所作的判决。”)

<sup>131</sup> 例如，见关于与武装冲突有关的环境保护的原则 9 的评注第(7)段，A/77/10，第 122-123 页。(本项原则草案第 1 段还受到国际法院在某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案中所作判决的启发，法院在该判决中认为，“裁定单纯对环境本身造成的损害应予补偿符合关于国际不法行为后果的国际法原则，包括充分赔偿原则。”)。另见关于与武装冲突有关的环境保护的原则 19 的评注第(5)段，A/77/10，第 161 页。(“对环境考虑的提及借鉴了国际法院以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询意见并受到其启发”)。

<sup>132</sup> 对国家对国际不法行为的责任条款第五章的一般性评论第(2)和(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 71 页，援引新西兰和法国之间关于两国 1986 年 7 月 9 日缔结的两项协定的解释或适用的分歧案。这两项协定涉及“彩虹勇士号”事件引起的问题，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号：E/F.93.V.3)，第 215 页(1990 年)，第 251 页，第 75 段。加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)案，判决，《1997 年国际法院案例汇编》，第 7 页，见第 63 页，第 101 段。另见第 38 页，第 47 段。

<sup>133</sup> 对关于外交保护的评注第(2)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页，突尼斯和摩洛哥(法属区)颁布的国籍法令案，咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，汇编 B，第 4 号，1923 年，第 6 页，见第 24 页。

中转载。此外，在能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则<sup>134</sup> 和关于预防危险活动所致跨界损害的条款中，<sup>135</sup> 也可以找到这种做法的例子。

95. 第四，在某些情况下，委员会依赖国际法院的裁决作为支持有关专题目标的权威依据，<sup>136</sup> 委员会依赖国际法院在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中的咨询意见以及《关于环境与发展的里约宣言》原则 2 就说明了这一点。在关于预防危险活动所致跨界损害的条款中，委员会重申，本专题的目标，即预防危险活动所致跨界损害，是“构成国际法主体的一部分”的目标。<sup>137</sup>

96. 第五，在某些情况下，委员会还依赖常设国际法院和国际法院的裁决作为权威依据，以表明或承认国际法有了发展。<sup>138</sup> 在这方面，委员会在关于外交保护的条款中，“依靠评注中[常设国际法院]和[国际法院]的裁决，以表明国际法是从 1924 年的立场发展而来的([常设国际法院]马夫罗马蒂斯案)，其中认为国家通过受理其国民的求偿要求，<sup>139</sup> 在目前的情况下([国际法院]拉格朗和阿韦纳案)，国际法承认存在某些权利，作为现有条约或习惯国际法的事项，目的是保护个人”。<sup>140</sup>

97. 秘书处提供了支持这一意见的更多例子。这些例子可在关于国家对国际不法行为的责任的条款中找到。这些条款涉及常设国际法院，并阐明了赔偿在国际法中的作用。<sup>141</sup> 委员会在保护大气层准则的评注中指出，纸浆厂案“表明，如果拟议的工业活动有可能在跨界范围内产生‘重大不利影响，就必须进行环境影响评

<sup>134</sup> 适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则 5 的评注(3)，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 164 页，提到核试验(澳大利亚诉法国)案，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 269 页，第 49 段，和核试验(新西兰诉法国)案，判决，《国际法院案例汇编》，第 474 页，第 51 段。

<sup>135</sup> 关于预防危险活动所致跨界损害的第 1 条的评注第(14)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 151 页，提及南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 54 页，第 118 段。

<sup>136</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 25，第 106 段。

<sup>137</sup> 一般性评注，第(3)段，关于预防危险活动所致跨界损害的条款，《2001 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 148 页，其中提到以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 241-242 页，第 29 段。

<sup>138</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 26，第 107-110 段。

<sup>139</sup> 关于外交保护的评注第(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 27 页，提及 *Mavrommatis Palestine Concessions* 案，第 2 号判决，1924 年，常设国际法院，汇编 A，第 2 号，第 12 页。

<sup>140</sup> 关于外交保护的评注第(4)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 27 页，提及拉格朗(德国诉美利坚合众国)案判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页，见第 493-494 页，第 76-77 段；阿韦纳和其他墨西哥国民(墨西哥诉美利坚合众国)案，2004 年 3 月 31 日判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 35-36 页，第 40 段。

<sup>141</sup> 关于国家对国际不法行为的责任的第 36 条的评注第(3)段，《2002 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 99 页。

估，特别是关于共有资源的原则’ ”<sup>142</sup> 以及在关于与武装冲突有关的环境保护准则的评注中，委员会在其中提到加布奇科沃-大毛罗斯项目案，涉及开发和保护自然资源的法律框架的制定、环境考虑和可持续性。<sup>143</sup>

98. 秘书处提出的最后一点意见特别适用于国际法院和常设国际法院的裁决，即委员会很少明确表示不同意国际法院的裁决。<sup>144</sup> 国家对国际不法行为的责任条款第48条的评注中有一个突出的例子，涉及受害国以外的国家援引责任的问题。委员会提到1966年国际法院对西南非洲案第二阶段的判决中“备受批评的决定”，“第48条是对该决定的蓄意偏离”。<sup>145</sup> 委员会这样做，为在条款中列入普遍义务的概念奠定了基础。因此，在履行这种义务方面享有合法利益的第三国(即受害国以外的国家)有权援引不法行为国的责任。<sup>146</sup>

99. 虽然秘书处备忘录中的以下意见没有像前文六条意见那样具体或专门提到常设国际法院和国际法院的裁决，但这些意见所依据的委员会对司法裁决的基本使用仍然主要是国际法院和常设国际法院的裁决。然而，这不应被视为其他国际性法院和法庭的裁决不重要或在委员会的工作中不突出。

100. 秘书处备忘录指出，委员会还考虑到其他司法和非司法争端解决机构的裁决，<sup>147</sup> 并解释说，“委员会经常广泛提及区域法院<sup>148</sup> 和法庭、仲裁法庭、国内法院、索赔委员会的裁决，<sup>149</sup> 有时还提及调解委员会的裁决”。<sup>150</sup>

<sup>142</sup> 关于保护大气层的准则4的评注第(4)段(上文脚注)，《大会正式记录，第七十六届会议，补编第10号》(A/76/10)，第29-30页。

<sup>143</sup> 关于与武装冲突有关的环境保护的原则20的评注第(7)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第10号》(A/77/10)，第168段。

<sup>144</sup> 见A/CN.4/759，意见27，第111段。

<sup>145</sup> 关于国家对国际不法行为的责任的第48条的评注第(7)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，脚注725。

<sup>146</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第111段。

<sup>147</sup> 见秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见28，第112-122段。

<sup>148</sup> 第关于与武装冲突有关的环境保护的原则5的评注(5)，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第10号》(A/77/10)，第109页，指出该原则第1段“借鉴了区域法院和法庭的判例”，提到美洲人权法院和非洲人权和人民权利法院关于保护土著社区的判例法。

<sup>149</sup> 例如，见关于驱逐外国人的条款，《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)：第3条的评注第(1)段，第27页，指出驱逐权“特别在若干仲裁裁决和索赔委员会的决定以及区域法院和委员会的各种决定中得到承认”，除其他外，提到墨西哥索赔委员会、意大利-委内瑞拉混合索赔委员会、比利时-委内瑞拉混合索赔委员会和伊朗-美国索赔法庭；第20条的评注第(6)段，第57页，其中指出，虽然这一规定没有具体处理武装冲突期间敌方的财产权问题，但“应当指出，武装冲突期间的财产权问题是厄立特里亚-埃塞俄比亚索赔委员会广泛讨论的主题”；另见提及联合国赔偿委员会在《关于与武装冲突有关的环境保护的原则》中的工作，例如，原则9的评注第(6)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第10号》(A/77/10)，第122-123页。

<sup>150</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第112段。例如，见关于保留的实践准则2.9.8的评注第(8)段，提及关于厄立特里亚和埃塞俄比亚边界划界案的裁决，2002年4月13日裁决，联合国常设仲裁法院，《国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷(联合国出版物，出售品编号：E/F.05.V.5)，第111页，第3.9段，指出“特别难以确定何时以及在何种具体情况下对解释性声明不采取行动等于同意”，《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第197页。

101. 备忘录首先介绍了国际法院使用国际和区域机构裁决的各种例子，然后提供了援引国内判例法的例子。就前者而言，委员会在关于国家对国际不法行为的责任的第1条的评注中援引仲裁裁决书和调解委员会的案例。这些案例“一再确认”一国的每一国际不法行为都引起该国的国际责任这一原则。<sup>151</sup>

102. 关于外交保护的第4条的评注援引美洲人权法院的一项咨询意见，以支持委员会的结论，即“目前，各项公约，尤其是人权领域的公约，均要求各国在给予国籍方面遵守国际标准。”<sup>152</sup> 同一专题还依赖了欧洲人权法院的裁决，这些裁决“支持对国内法规定的补救办法采取一种广泛的办法，在国籍国代表其国民提出索偿之前，必须用尽这些补救办法，包括行政补救办法”。<sup>153</sup>

103. 委员会在关于预防危险活动所致跨界损害的条款的一般性评注中，以特雷尔冶炼厂案的仲裁裁决为依据，“强调”了“既定的预防原则”，这一原则后来在《斯德哥尔摩宣言》原则21、《里约宣言》原则2和大会1972年12月15日第2995(XXVII)号决议中得到重申。<sup>154</sup> 特雷尔冶炼厂仲裁案再次被作为“国家应确保对危险活动支付及时和充分赔偿的基本原则”的起源。<sup>155</sup>

<sup>151</sup> 见关于国家对国际不法行为的责任的条款，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第1条的评注第(2)段，第77段，援引秘鲁意大利侨民索赔案，《国际仲裁裁决汇编》，第十五卷(出售品编号：66.V.3)，第399-411页；迪克森车轮公司(美国诉墨西哥合众国)案，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷(出售品编号：1951.V.1)，第669页，见第678页(1931年)。另见，第1条的评注第(2)段，第77段，援引新西兰和法国之间关于两国1986年7月9日缔结的两项协定的解释或适用的分歧案，事涉“彩虹勇士号”事件引起的问题，《国际仲裁裁决汇编》，第二十卷(出售品编号：E/F.93.V.3)，第215页(1990年)；和第13条的评注第(1)段，第57页，援引帕尔马斯岛(荷兰/美利坚合众国)案，《国际仲裁裁决汇编》，第二卷(出售品编号：1949.V.1)，第829页，见第845页(1928年)。

<sup>152</sup> 关于外交保护的第4条的评注第(6)段，附二读案文及评注，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，援引美洲人权法院关于哥斯达黎加政治宪法归化规定拟议修正案的咨询意见(1984年1月19日OC-4/84号咨询意见，汇编A，第4号，第38段)。

<sup>153</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第114段，提及关于外交保护的第14条第(3)至(5)款，附二读案文及评注，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44-45页，援引德贝克诉比利时案，第214/56号请求书，1958年6月9日的裁决，欧洲委员会和人权法院，《1958-1959年欧洲人权公约年鉴》，第238页。

<sup>154</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第115段，提及关于预防危险活动所致跨界损害的条款的一般性评注第(4)段，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第148页，援引特雷尔冶炼厂案，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第1905页起。

<sup>155</sup> 原则4的评注第(6)段，关于危险活动所致跨界损害的损失分配，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77页，援引特雷尔冶炼厂案，《国际仲裁裁决汇编》，第三卷(出售品编号：1949.V.2)，第1905页起。

104. 在关于外交保护条款中，评注以索赔委员会的案例为依据，支持委员会在若干方面的结论，其中包括关于双重国籍者索赔<sup>156</sup> 和公司索赔<sup>157</sup> 的规则的一些方面。

105. 委员会利用国际裁决机构的最后一个例子是联合国赔偿委员会在损失分配原则中所依据的裁决。这些裁决支持对“环境损害”的广义解释，并支持对无商业价值的自然资源的损害支付赔偿。<sup>158</sup>

106. 备忘录还述及委员会依赖国内判例法的情况。第一个例子涉及外交保护条款。委员会在该条款中依靠国内判例法“支持委员会的结论，即国籍国有一定的义务，无论多么有限，在其海外国民的人权受到严重侵犯时，保护他们。这是委员会在第 19 条中所作的如下表述的基础：国家‘应当’在适当情况下行使外交保护”。<sup>159</sup>

107. 在对《危害人类和平及安全治罪法草案》的评注中，委员会提到了关于“战争法是否规定军队指挥员有义务在其权力范围内采取适当措施对其指挥下的士兵加以控制并防止其犯下违反战争法的行为”的问题的国内司法裁决。<sup>160</sup>

<sup>156</sup> 见关于外交保护条款的第 7 条的评注第(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 34 页，援引 *Mathison, Stevenson* 案(英国-委内瑞拉混合索赔委员会)、*Brignone and Miliani* 案(意大利-委内瑞拉混合索赔委员会)，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，(出售品编号：59.V.5)，第 485 和 494 页，和第十卷(出售品编号：60.V.4)，分别见第 542 和 584 页。另见第 7 条的评注第(3)段，第 34-35 页，援引合并索赔案，意大利-美国调解委员会，1955 年 6 月 10 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷(出售品编号：65.V.4)，第 236 页。

<sup>157</sup> 关于外交保护的评注第(1)至(3)段，同上，第 39 页，援引 *Orinoco* 轮船公司案，美国-委内瑞拉混合索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 180 页。

<sup>158</sup> 原则 2 的评注第(18)段，关于危险活动所致跨界损害的损失分配，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 69 页，援引专员小组就第五批“F4”类索赔提出的报告和建议(S/AC.26/2005/10)：“赔偿委员会是 1991 年根据安全理事会第 687(1991)号决议设立的安全理事会附属机构，负责处理因伊拉克入侵和占领科威特直接造成的损失和损害进行索赔和支付赔偿。它并不是一个司法机构，而是由审查和评估各国政府、国际组织、公司和个人提出的索赔要求的专员小组组成。另见原则 6 的评注第(11)段，第 88 页。这些评注中提到的其他国际索赔法庭是伊朗-美国索赔法庭和马绍尔群岛核索赔法庭。

<sup>159</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 118 段，提及关于外交保护的评注第(3)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 28 页，援引 *Rudolf Hess* 案，《国际法案例汇编》，第 90 卷(1992 年)，第 387 页；*Abbasi* 和 *Juma* 诉外交和联邦事务大臣和内政大臣案，最高法院-上诉法院(民事庭)2002 年 11 月 6 日的裁决，《国际法律资料》，第 42 卷(2003 年)，第 358 页；*Kaunda* 等人诉南非共和国总统等人案，宪法法院 2004 年 7 月 19 日和 20 日及 2004 年 8 月 4 日的裁决，《2005 年南非法律报告》，第 235 页。

<sup>160</sup> 危害人类和平及安全治罪法第 6 条的评注第(2)段，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 17 页，提到美国最高法院审理的 *Yashamita* 案、德国最高司令部审判案和美国军事法庭的人质审判案。

108. 备忘录中关于使用国内法的最后几个例子载于关于预防危险活动所致跨界损害的第 10 条的评注、<sup>161</sup> 关于跨界损害的损失分配原则的评注<sup>162</sup> 和关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款的一读。<sup>163</sup>

109. 秘书处的备忘录指出，委员会经常考虑到国际性法院和法庭赋予特定用语的含义，<sup>164</sup> 特别是“在它们阐明委员会正在审议的特定用语的含义时”。<sup>165</sup> 这一点可以从国家对国际不法行为的责任条款中看出。委员会在该条款中提到美洲人权法院的判例法，其中“将强迫或非自愿失踪解释为一种持续的不法行为，只要还有失踪人士下落不明这项行为就一直继续下去”。<sup>166</sup>

110. 秘书处又提供了三个例子来支持这一意见。首先是委员会提到在关于国际组织的责任条款中使用“机关”和“代理人”这两个词。委员会在其中指出，国际法院在“处理代表联合国行事的人的地位时，认为有意义的只是联合国一个机关已授予此人一定职能的事实”。<sup>167</sup>

111. 此外，委员会在与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论中指出，伊朗-美国索赔法庭已制定了关于“条约适用方面的嗣后实践”的一般规则。委员会确定这种实践必须是“……指条约缔结后确定各缔约方对条约的解释意思一致的适用条约的行为”。<sup>168</sup>

<sup>161</sup> A/CN.4/759，第 119 段，提及关于预防危险活动所致跨界损害的条款，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：第 10 条的评注第(4)段，第 162 页，援引 *Streitsache des Landes Wurttemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden (Wurttemberg and Prussia v Baden), betreffend die Donauversinkung*, German Staatsgerichtshof, 18 June 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin), vol. 116, appendix pp.18 et seq; 原则 2 的评注第(14)段，第 68 页，援引 *Burgess 诉 M/V/Tamano 案*, 1973 年 7 月 27 日意见，美国缅因州地区法院，联邦补编，第 370 卷(1973 年)，第 247 页。

<sup>162</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 119 段，提及关于危险活动所致跨界损害的损失分配的原则 3 的评注第(8)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，援引 *Blue Circle Industries PLC 诉国防部案*，《1998 年全英格兰法律报告》，第 3 卷，第 385 页；*Merlin 和另一人诉 British Nuclear Fuels PLC 案*，《1990 年全英格兰法律报告》，第 3 卷，第 711 页。

<sup>163</sup> 关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第 2 条的评注第(31)段，第 212 页，提及法国、德国、意大利、美国和联合王国国内法院的裁决。

<sup>164</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 29，第 123-126 段。

<sup>165</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 123 段。

<sup>166</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 123 段。关于国家对国际不法行为的责任的第 14 条的评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 60 页，援引 *Blake 案*，美洲人权法院，C 辑，第 36 号，第 67 页(1998 年)。

<sup>167</sup> 关于国际组织的责任条款的第 6 条的评注第(2)段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 55 页，另见第 6 条的评注第(4)段。

<sup>168</sup> 关于与条约解释有关的嗣后协定和嗣后实践的结论 5 的评注第(9)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页，除其他外，援引伊朗-美国索赔法庭，美利坚合众国等诉伊朗伊斯兰共和国等案，第 108-A-16/582/591-FT 号裁决，《伊朗-美国索赔法庭报告》，第 5 卷(1984 年)，第 57 页，见第 71 页。

112. 最后，在关于防止和惩治危害人类罪的条款中，委员会提到前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际刑事法庭和国际法院判例中对“危害人类罪”定义中“广泛”和“系统”两词的解释。<sup>169</sup>

113. 秘书处注意到，在有些情况下，委员会提及个别意见或反对意见，表达了一种观点，或更详细地解释了法院或法庭在某项裁决中的理由，<sup>170</sup> 只要这些意见有助于理解有关法院或法庭的裁决或其基本理由。<sup>171</sup> 在这方面，委员会在关于国家对国际不法行为的责任条款的评注中提到了施韦贝尔法官的反对意见，以支持以下立场：“干净的手”原则主要是在国际法院和法庭受理索赔的情况下援引的，但很少适用。<sup>172</sup>

114. 此外，“在起诉或引渡(*aut dedere aut judicare*)义务研究组的最后报告中，委员会提到了对国际法院关于含有‘*aut dedere aut judicare* 公式’的条约类型的裁决的不同意见和个别意见”。<sup>173</sup>

115. 关于外交保护条款的评注中也有另一例子，提到国际法院法官的个别意见，例如，“赞成一项例外，允许公司股东的国籍国在公司注册国对公司所受损害负有责任时向该国提出索赔”。<sup>174</sup> 在同一专题中，委员会提到小田法官在国际法院 *Elettronica Siculca S.p.A* 案中的反对意见，认为支持依靠“‘有关公司的一般法律原则’而不是国内法来确保外国股东在公司不法行为国成立的情况下的权利”。<sup>175</sup>

<sup>169</sup> 关于防止和惩治危害人类罪的第2条的评注第(10)至(21)段，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第10号》(A/74/10)，第31-34页。

<sup>170</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见30，第127-130段。

<sup>171</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第127段。

<sup>172</sup> 见对国家对国际不法行为的责任条款第五章的评注第(9)段和脚注319，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第77段，提及施韦贝尔法官在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)一案中的反对意见，案情实质，判决，《1986年国际法院案例汇编》，第14页，见第392-394页。

<sup>173</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第128段，提及引渡或起诉义务(*aut dedere aut judicare*)研究组的最后报告，《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第95页，第11段：“优素福法官在2012年7月20日国际法院对与起诉或引渡义务有关的问题案的判决发表的个别意见中，也谈到了‘含有引渡或起诉方式的条约’的类型学，并将其分为两大类。”

<sup>174</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第129段，提及关于外交保护的评注第(10)段，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第41页，提及 Fitzmaurice 法官、Jessup 法官和 Tanaka 法官在巴塞罗那电车、电力和照明有限公司案，第二阶段，判决中的个别意见，《1970年国际法院案例汇编》，第3页，见第48页；“然而，委员会决定了一个范围较为有限的例外，”见关于外交保护的评注第(11)条(b)款，同上，第42页。

<sup>175</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第129段，提及关于外交保护的评注第(4)段，脚注162，《2006年……年鉴》，同上，第43页，援引 *Elettronica Siculca S.p.A (ELSI)* 案，判决，《1989年国际法院案例汇编》，第15页。

116. 委员会还在关于发生灾害时的人员保护条款的评注中提及阿尔瓦雷斯法官在科孚海峡案中的个别意见，<sup>176</sup> 并提及法官们对石油平台案中各法官意见的个别意见。<sup>177</sup>

117. 秘书处关于司法裁决的倒数第二点意见是，在某些情况下，委员会提到司法裁决是为了回顾国家在其书状中的做法，或直接提到就某一法律问题在国际法庭上的书状。<sup>178</sup> 秘书处补充说，委员会还提到各国在国际性法院和法庭上的陈述，或国际性法院和法庭反映各国对某一具体法律问题的看法和实践的裁决。<sup>179</sup>

118. 例如，在条约法条款中，委员会认为，“无反对即默示同意保留的原则已被接受为国家实践，这是不容置疑的；因为法院本身在对《灭绝种族罪公约》的保留案中谈到国际惯例‘非常允许’对‘保留的默示同’”。<sup>180</sup>

<sup>176</sup> 第 10 条的评注第(4)段，关于发生灾害时的人员保护的条款，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 49 段，援引阿尔瓦雷斯法官在科孚海峡案中的个别意见，案情实质，判决，《1949 年国际法院案例汇编》，第 39 页，见第 43 页。

<sup>177</sup> 石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)案，判决，《2003 年国际法院案例汇编》，第 161 页，见第 278-279 页(比尔根塔尔法官的个别意见)、第 326-34 页(西马法官的个别意见)、第 236-240 页(希金斯法官的个别意见)和第 261 页(科希曼斯法官的个别意见)。国际法不成体系问题研究小组的最后报告，《2006 年……年鉴》，第一卷(第二部分)，增编二，第 93 页，第 455-457 段。委员会在提及《联合国宪章》第一百零三条时也提到法官的个别意见，同上，第 74 页，第 356 段，例如提到《1902 年关于监护婴儿的公约》的适用(荷兰诉瑞典)，1958 年 11 月 28 日判决，《1958 年国际法院案例汇编》，第 55 页，见第 107 页(莫雷诺·金塔纳法官的个别意见)；西南非洲(埃塞俄比亚诉南非，利比里亚诉南非)诸案，初步反对意见，1962 年 12 月 21 日判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 319 页，见第 407 页(Jessup 法官的个别意见)；南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果案，咨询意见，《1971 年国际法院案例汇编》，第 16 页，见第 99 段。申请复核和解释 1982 年 2 月 24 日对大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)案所作判决(突尼斯诉阿拉伯利比亚民众国)案，判决，《1985 年国际法院案例汇编》，第 192 页，见第 232-233 页(鲁达法官的个别意见)。

<sup>178</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 31，第 131-136 段。

<sup>179</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第 131 段。另见关于习惯国际法的形成与证据的报告的意见 17，国际法委员会以前工作中可能与该专题特别相关的要素，秘书处备忘录，2013 年 3 月 14 日，A/CN.4/659 号文件，第 26 页，除其他外，援引：)国际水道非航行使用法第 5 条的评注第(10)段，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 98 页(包括“已被接受为法律的国家一般惯例的所有现有证据调查”中的“国际性法院和法庭的裁决”)。另见关于国家对国际不法行为的责任的第 39 条的评注第(4)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 110 页(依据 *Delagoa Bay Railway* 案和 *S.S. “温布尔登”* 案作为关于“受害国促成损害与确定适当赔偿的重要性”的“国家实践”的证据)。

<sup>180</sup> 条约法第 16 和 17 条的评注第(23)段，《1996 年……年鉴》，第二卷，第 208 页，援引对《灭绝种族罪公约》的保留案，咨询意见：《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 21 页；另见第 59 条的评注第(4)段，第 257 页，提及法国在突尼斯和摩洛哥颁布的国籍法令案中的书状和中国在废止 1865 年 11 月 2 日中国和比利时之间的条约案中的书状，以及法国在上萨伏伊自由区和盖克斯区案中的书状。

119. 在关于国家在条约方面的继承的第 12 条的评注中,委员会提到泰国和柬埔寨在柏威夏寺案中的书状;<sup>181</sup> 在关于最惠国条款的条款中,委员会提到美国在国际法院就美利坚合众国国民在摩洛哥的权利案所作的书状。<sup>182</sup>

120. 委员会在关于国际组织对国际不法行为的责任条款的评注中指出,“成员国一般不能被视为对该组织的国际不法行为负有国际责任,这一观点在有争议的案件中得到了若干国家的辩护”。<sup>183</sup>

121. 秘书处就司法裁决提出的最后意见是,委员会指出,国际法庭的裁决尽管缺乏正式的先例价值,但可能影响其他国际法庭作出裁决。<sup>184</sup> 最惠国条款研究小组最后报告对多项仲裁裁决的分析说明了这一点,而委员会在报告中指出:

虽然法庭指出,其他法庭的裁决并无正式的先例价值,但对一致性的渴望显然对作出裁决产生了影响。<sup>185</sup>

#### D. 委员会依据专家机构的学说和工作

122. 关于委员会利用司法判例和学说一事,秘书处备忘录最后就第三十八条第一项(卯)款的第二个基本要点,即权威最高的公法学家学说,提出了一些意见。首先,它指出,委员会提及著述、理论或学术和学者观点,以表明委员会工作中对国际法规则的某特定做法已得到认可或支持。<sup>186</sup>

123. 秘书处备忘录还指出,委员会在某些情况下试图澄清,它没有遵循各种著述中采取的做法。<sup>187</sup> 在这方面,委员会在其关于对条约的保留实践指南的工作中表示,它“决定不在本准则中使用‘简化形式的协定’这一在法语著述中很通行、但在《维也纳公约》中没用过的用语”。<sup>188</sup>

124. 委员会还提到,一些著述“在一定程度上支持”这样的观点,即如果某国民在正式提出索赔之前死亡,该索赔仍可继续,因为在外交保护条款评注中,它

<sup>181</sup> 关于国家在条约方面的继承的第 12 条的评注第(7)段,《1974 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 198 页。

<sup>182</sup> 关于最惠国条款的第 10 条的评注第(21)段,《1978 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 37 页。

<sup>183</sup> 关于国际组织对国际不法行为的责任的第 62 条的评注第(3)段,《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 100 页。

<sup>184</sup> 秘书处备忘录, A/CN.4/759, 意见 32, 第 137 段。

<sup>185</sup> 最惠国条款研究小组的最后报告,《2015 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 109 页,第 135 段。

<sup>186</sup> 秘书处备忘录, A/CN.4/759, 意见 33, 第 138-142 段,例如见关于对条约的保留的准则 2.2.4 评注第(2)段,《2011 年……年鉴》,第二卷,第三部分,第 112 页,其中委员会注意到,表示同意接受条约约束是可提具保留的最后时刻的规则“在法律著述中得到一致公认”。

<sup>187</sup> 秘书处备忘录, A/CN.4/759, 意见 34, 第 143-144 段。

<sup>188</sup> 秘书处备忘录, A/CN.4/759, 第 143 段;关于对条约的保留的准则 2.2.2 评注第(4)段,《2011 年……年鉴》,第二卷,第三部分,第 109 页。

已具有“国家性质”。<sup>189</sup> 然而，由于存在索赔委员会的相反决定，委员会得出结论认为，当局并未作出定论，因此就该事项提出一项规则是不明智的。<sup>190</sup>

125. 同样按照秘书处备忘录，委员会广泛依赖关于损失分配专题的著述。<sup>191</sup>

126. 此外，备忘录指出，在某些专题中，委员会提及一些学说，以提供有关法律领域及其发展的背景资料，并就此提供了一些例子。<sup>192</sup>

127. 秘书处还指出，在某些情况下，委员会在拟订自己的案文时考虑到了专家条约机构对条约规定的解释。<sup>193</sup> 一般而言，委员会在各种案文中提及人权事务委员会、<sup>194</sup> 禁止酷刑委员会<sup>195</sup> 和经济、社会及文化权利委员会<sup>196</sup> 等专家条约机构所作的解释。<sup>197</sup>

<sup>189</sup> 关于外交保护的第 5 条评注第(14)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33 页，提及 Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (New York: The Banks Law Publishing Co., 1922), p.628。

<sup>190</sup> 关于外交保护的第 5 条评注第(14)段，《2006 年……年鉴》，同上，第 33 页，提及 Eschauzier 索赔案，(大不列颠诉墨西哥合众国)，1931 年 6 月 24 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第五卷(出售品编号：1952.V.3)，第 209 页。

<sup>191</sup> 见关于危险活动所致跨界损害的损失分配的原则，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：一般性评注第(9)段和脚注 306，第 60 页，提及 Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), p.113；原则 1 评注第(7)段，第 63 页，提及 P. Wetterstein, “A proprietary or possessory interest: A condition sine qua non for claiming damages for environmental impairment?”, in P. Wetterstein (ed), *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage*, (Oxford: Clarendon Press, 1997), pp. 29-54, at p.30; and Hanqin Xue, *Transboundary Damage in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 19-105 and 113-182。

<sup>192</sup> 秘书处备忘录，[A/CN.4/759](#)，意见 35，第 145-146 段。

<sup>193</sup> 秘书处备忘录，[A/CN.4/759](#)，意见 36，第 147-152 段。

<sup>194</sup> 例如见关于驱逐外国人的第 18 条评注第 6 段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页，其中委员会指出，“‘公平平衡’标准似乎也符合人权事务委员会为评估驱逐措施是否符合《公民及政治权利国际公约》第十七条而采取的做法。”

<sup>195</sup> 关于防止及惩治危害人类罪的第 8 条评注第(3)段，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 88 页，指出该规定“要求在有‘合理依据认为’已发生犯罪行为时开展调查”。据禁止酷刑委员会称，如果相关资料已提交或提供给主管当局，但并不要求受害者向这些当局正式提出申诉，即可这样认为。”

<sup>196</sup> 例如见关于发生灾害时的人员保护的第 11 条评注第(3)段，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 47 页，提及经济、社会及文化权利委员会关于适足食物权的第 12 号一般性意见。关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 13 评注第(14)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 94 页。另见关于与武装冲突有关的环境保护的原则 10 评注第(11)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 130-131 页，附件四，第 30 段，提及经济、社会及文化权利委员会将环境退化与人类健康联系起来的决定，载于关于享有能达到的最高标准健康的权利(第十二条)的第 14 号一般性意见(2000 年)。

<sup>197</sup> 秘书处备忘录，[A/CN.4/759](#)，第 147 段。

128. 与此相关,委员会提及人权事务委员会就了解真相的权利<sup>198</sup> 和获得公平审判的权利等几点开展的工作,并指出,“人权事务委员会认为,在关于危害人类罪的条款中,获得公平审判的权利是‘人权保护的一项关键内容’和‘保障法治的一个程序手段’”。<sup>199</sup>

129. 在关于驱逐外国人的条款评注中,委员会提及禁止酷刑委员会在审议主张将外国人驱逐到特定国家违反《禁止酷刑公约》的申诉时制定的准则。<sup>200</sup>

130. 在某些情况下,委员会借鉴了条约机构在解释某些文书方面的发展动态。例如,在危害人类和平及安全治罪法草案中,委员会在拟议的灭绝种族罪定义中列入了“强制施行办法,意图防止该团体内的生育”,指出“强制施行办法”一语是用来表示必须有强迫的因素,并援引《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条(d)款和消除对妇女一切形式歧视委员会的工作。<sup>201</sup>

131. 在关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论中,委员会提及国际法院<sup>202</sup> 和各区域人权法院利用专家条约机构声明;<sup>203</sup> 在关于发生灾害时的人员保护的条款评注中,委员会提及例如经济、社会及文化权利委员会关于国家间合作义务的各种一般性意见。<sup>204</sup>

<sup>198</sup> 关于防止及惩治危害人类罪的第 12 条评注第(24)段,《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),第 109-110 页,提及人权事务委员会决定中的知情权或了解真相的权利,称之为“结束或防止强迫失踪或秘密处决受害者家属遭受心理折磨的一种方式”。

<sup>199</sup> 秘书处备忘录, A/CN.4/759, 第 45 页:“因此,条款草案第 11 条第 1 款提及公平待遇,‘包括公平审判’”;关于防止及惩治危害人类罪的第 11 条评注第(5)段,《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),第 99 页,援引人权事务委员会关于在法院和法庭面前一律平等和获得公平审判的权利的第 32 号一般性意见(2007 年),《大会正式记录,第六十二届会议,补编第 40 号》(A/62/40),第一卷,附件六,第 2 段。

<sup>200</sup> 关于驱逐外国人的第 24 条评注第(2)至(4)段,《2014 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 48-49 页。

<sup>201</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第 17 条评注第(16)段,《1996 年……年鉴》,第二卷(第二部分),援引消除对妇女歧视委员会的报告(《大会正式记录,第四十七届会议,补编第 38 号》(A/47/38)),第一章,第 22 段。

<sup>202</sup> 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 13 评注第(21)段,《2018 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 86 页。

<sup>203</sup> 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 13 评注第(22)段,同上,第 86-87 页。

<sup>204</sup> 关于灾害中的人员保护的条款评注第(2)段,《2016 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 49 页,脚注 84 中提及经济、社会及文化权利委员会第 2、3、7、14 和 15 号一般性意见。

132. 委员会在审议若干专题时还提及专家机构和其他机构的工作成果。<sup>205</sup> 在某些情况下，委员会提及私营机构的工作，作为理论的一部分。<sup>206</sup> 在研究多个专题时，委员会在就例如以下专题编写自己的研究报告时提及私营机构的工作：

- 条约法<sup>207</sup>
- 国家继承涉及的自然人国籍问题<sup>208</sup>
- 条约中的最惠国条款<sup>209</sup>
- 防止及惩治对外交人员和其他受国际保护者的罪行<sup>210</sup>
- 国家对国际不法行为的责任<sup>211</sup>

<sup>205</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 37，第 153-155 段，见关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案 9 评注第(7)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 45-46 页。(“本款列举了专家机构的工作成果 and 各国权威最高的公法学家学说，也称为学术著述，作为其他辅助手段的例子。”)

<sup>206</sup> 例如见保留实践指南准则 1.4 评注第(12)段，脚注 243，载于《2011 年……年鉴》，第二卷，第 3 部分，第 65 页。(许多理论定义都强调了保留的固有条件性，这包括哈佛法学院的定义(Research in International Law of the Harvard Law School, “Draft Convention on the Law of Treaties”, AJIL, 1935, Supplement No. 4, p. 843……)。

<sup>207</sup> 关于条约法的条款草案第 28 条评注第(1)段指出，“1956 年，国际法学会通过了一项决议，以比较谨慎的措辞拟订了两项条款，其中载有少量基本解释原则”。《1966 年……年鉴》，第二卷，第 218 页。对哈佛条约法草案的提及见保留实践指南准则 2.2.1 评注 3 第(3)段，《2011 年……年鉴》，第二卷，第三部分，第 108 页。

<sup>208</sup> 例如见关于国家继承涉及的自然人国籍问题的第 26 条评注第(4)段，《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 46 页，提到继承国应将其国籍给予惯常居住在其领土上的有关人士的规则，并注意到“哈佛法学院编写的《国籍公约草案》第 18 条(b)款载有关于分离情形的类似规定”，提及 Harvard Law School, Research in International Law. I. Nationality, Supplement to the *American Journal of International Law*, vol. 23 (Cambridge, Mass., 1929)，第 13 页。该案文提及国际法学会关于国籍(归化和离国)方面法律冲突的决议，*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 15, part II (1896), pp. 270-271，载于关于国家继承涉及的自然人国籍问题的第 12 条评注第(2)段，《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 46 页。

<sup>209</sup> 在关于最惠国条款的条款中，委员会多次提及国际法学会 1936 年完成的工作。例如见第 16 条评注第(2)段，《1978 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 42 页(“本条拟议的规则适用于最惠国条款，不论这些条款是无条件的，还是附带一项以任何形式的补偿特别是互惠待遇为条件的条款。该规则是在国际法学会 1936 年第四十届会议通过的决议第 2 段中拟订的……”)。

<sup>210</sup> 例如见关于防止及惩治对外交人员和其他受国际保护者的罪行的第 7 条评注第(3)段脚注 473，《1972 年……年鉴》，第二卷，第 319 页，提及“……哈佛法学院国际法研究所编写的引渡公约草案第 2 条(Supplement to the *American Journal of International Law*, Washington D.C. (January and April 1935), vol. 29, Nos. 1 and 2, p. 21)”。

<sup>211</sup> 例如见关于国家对国际不法行为的责任的第 50 条评注第(6)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 132 页，注意到“国际法学会在 1934 年决议中宣称，一国在采取反措施时必须避免采取一切有违人道主义原则和公共良知要求的严厉措施”，援引 *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710。

- 国际水道非航行使用法<sup>212</sup>
- 国际法不成体系<sup>213</sup>
- 跨界含水层法<sup>214</sup>
- 国际组织的责任<sup>215</sup>
- 国家对国家财产的继承<sup>216</sup>

<sup>212</sup> 见关于国际水道非航行使用法的第 2 条评注第(12)段,《1994 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 92 页,脚注 184,提及国际法协会 1958 年通过的纽约决议,《第四十八届会议报告,1958 年,纽约》(伦敦,1959 年),附件二,第 99 页,《关于国际河流利用的赫尔辛基规则》,《第五十二届会议报告,1966 年,赫尔辛基》(伦敦,1967 年),第 484 页及其后各页;部分转载于 A/CN.4/274,第 357 页及其后各页,第 405 段。见国际法学会 1961 年萨尔茨堡会议通过的萨尔茨堡决议,题为“非海洋国际水域的利用(航行除外)”(Annuaire de l'Institut de droit international (Basel), vol. 49, part II (1961), pp. 381-384); 国际法学会 1979 年雅典会议通过的雅典决议,题为“河流和湖泊的污染与国际法”(同上, vol. 58, part II (1980), p. 196)。1957 年,一个由法律专家组成的私营团体即美洲律师协会通过了一项决议,涉及“可能穿越或分割两个或两个以上国家领土的……每一个水道或水系或河流或湖泊……下称为‘国际水域系统’”(美洲律师协会,1957 年 11 月 14 日至 21 日在布宜诺斯艾利斯举行的第十届会议记录(2 卷)(布宜诺斯艾利斯,1958 年),第 82-83 页;转载于 A/5409,第 208 页,第 1092 段)。另见关于国际水道非航行使用法的第 24 条评注第(5)段,《1994 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 126 页,提及国际法学会 1911 年马德里会议通过的关于国际水道使用国际规章的决议(马德里决议)(《蒙得维的亚宣言》第 5 条以此为依据)(Annuaire de l'Institut de droit international, 1911 (Paris), vol. 24, p. 366),转载于 A/5409,第 200 页,第 1072 段。

<sup>213</sup> 见国际法不成体系问题研究组最后报告,《2006 年……年鉴》,第二卷,第一部分,增编二,第 88 页,第 431 段,提及国际法学会关于条约解释的决议,载于 Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 46 (Session of Granada), pp.364-365。

<sup>214</sup> 见一般性意见第(5)段(“委员会还于 2004 年与国际法协会水资源法委员会举行了一次非正式会议,并希望感谢该委员会对委员会一读通过的条款草案的评论,并赞赏国际法协会 2004 年《柏林规则》”)和附带评注的关于跨界含水层法的条款草案第 2 条评注第(1)段,《2008 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 25 页。

<sup>215</sup> 关于国际组织的责任的条款提及国际法学会题为“国际组织不履行对第三方义务而对成员国造成的法律后果”的决议,载于第 62 条评注第(5)段,《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 100 页。委员会还提及国际法协会国际组织问责专题委员会提出的草案(《2004 年 8 月 16 日至 21 日在柏林举行的第七十一次会议的报告》,2004 年,伦敦,第 200 页)。见第 14 条评注第(1)段(《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 69 页),第 7 条评注第(8)段(《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 57 页),第 8 条评注第(7)段(《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 61 页),第 11 条评注(《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 64 页),第 45 条评注第(7)段(《2011 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 87 页)。

<sup>216</sup> 见关于国家对国家财产、档案和债务的继承的第 31 条评注第(27)段,《1981 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 76 页,提及国际法协会,《1970 年 8 月 23 日至 29 日在海牙举行的第五十四届会议的报告》(1971 年,伦敦),第 108 页。

另见对条约的保留实践指南准则 5.1.1 评注第(7)段,《2011 年……年鉴》,第二卷,第三部分,第 329 页。见关于发生灾害时的人员保护的第 3 条评注第(6)段,《2016 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 30 页,提及 1995 年《国际红十字和红新月运动及非政府组织救灾行为守则》所启发的“广泛生命损失”要素,载于 *International Review of the Red Cross*, vol. 36 (1996), No. 310, annex VI。

早在 Sir Humphrey Waldock 赞同[维持先前国的保留]一年之前,国际法协会关于“新国家对其先前国的条约和某些其他义务的继承”专题特别报告员 D. P. O'Connell 先生就提出了这一概念。”); 见《2011 年……年鉴》,第二卷,第三部分,第 329 页。

- 驱逐外国人<sup>217</sup>
- 武装冲突对条约的影响<sup>218</sup>
- 发生灾害时的人员保护<sup>219</sup>
- 与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践<sup>220</sup>
- 与武装冲突有关的环境保护<sup>221</sup>

133. 上述趋势并不局限于最近的专题。从 1950 年代中期开始，委员会就在其关于海洋法的工作中提及私营专家编纂机构的工作和学者的集体努力。与此相关的一些例子可见于海洋法关于国旗使用<sup>222</sup> 和海盗行为<sup>223</sup> 的方面。

134. 最后，在关于外交保护的条款中，委员会参考了哈佛大学的相关公约草案和国际法学会的决议。<sup>224</sup>

<sup>217</sup> 关于驱逐外国人的第 5 条评注第(2)段，《2014 年……年鉴》，第 29 页，提及国际法学会日内瓦会议于 1892 年 9 月 9 日通过的《关于接纳和驱逐外国人的国际条例》，第 30 条。

<sup>218</sup> 关于武装冲突对条约的影响的第 3 条评注第(2)段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 111 页，脚注 407，提及国际法学会，《年鉴》，第 61 卷，第一部分，赫尔辛基会议(1985 年)，第 8-9 页。

<sup>219</sup> 另见关于发生灾害时的人员保护的评注第(4)段，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 29 页，提及国际法学会通过的关于人道主义援助的决议，《年鉴》，第 70 卷，第二部分，布鲁日会议(2003 年)，第 263 页。

<sup>220</sup> 例如见关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 13 评注第(11)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 84 页(“然而，专家条约机构的声明可产生或提及嗣后协定或嗣后实践……各国、委员会另加国际法协会和许多作者都承认了这种可能性”。)

<sup>221</sup> 提及国际法学会就使用武力问题开展的工作，关于与武装冲突有关的环境保护的准则 20 评注第(3)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 167 页(脚注 784。正如国际法学会所总结的，“占领国只能在领土目前行政管理和满足人民基本需要所必需的范围内处置被占领领土的资源”。见国际法学会，《年鉴》，第 70 卷，第二部分，布鲁日会议(2003 年)，第 285 页及其后各页；可查阅：[www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org)，《声明》，第 288 页)；并提及红十字委员会《武装冲突中保护自然环境准则》，载于准则 4 评注第(4)段，同上，第 106 页。(“最近，红十字委员会《武装冲突中保护自然环境准则》建议，可将环境特别重要或脆弱的地区指定为非军事区。”)

<sup>222</sup> 关于海洋法的第 29 条评注第(2)段，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 279 页。(“根据这一原则，国际法学会早在 1896 年就通过了关于允许悬挂国旗的某些规则。委员会第七届会议认为，这些规则稍加修改即可接受，但同时认识到，如果要实现预期的实际目的，各国就必须在将这些规则纳入本国立法时拟订更详细的规定。”)

<sup>223</sup> 见关于条约法的第 38 条评注第(1)段，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 282 页。(“委员会在就关于海盗行为的条款开展工作大量借助了哈佛法学院的研究，最终在 Joseph Bingham 教授的指导下于 1932 年拟订了一项附带评注、共有 19 条的公约草案。总体而言，委员会能够赞同这项研究的结果。”)

<sup>224</sup> 关于外交保护的评注第(3)段和第 7 条评注第(2)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 33-34 页，提及 1960 年哈佛大学关于国家对外国人所受损害的国际责任的公约草案第 23 条第 5 款，转载于 L.B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, *AJIL*, vol. 55, No. 3 (July 1961), p.548; 国际法学会 1965 年华沙会议通过的关于国家因个人所受损害提出的国际主张的国家性质的决议第 4 条(a)款, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56 at p. 58。

135. 秘书处还指出，在一些专题中，委员会采用了受私营专门编纂机构或其他专家机构工作启发或借鉴这些工作产生的提法。<sup>225</sup> 这方面的例子可追溯到 1994 年，当时委员会在常设国际刑事法院规约草案中引用了 1955 年第一届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会首先编写的一份文件，在评注中指出，“监狱设施仍由有关国家主管部门管理，但监禁条件应符合国际标准，尤其是《囚犯待遇最低限度标准规则》”。<sup>226</sup> 另一个早期的例子载于关于国际水道非航行使用的条款 1994 年评注。<sup>227</sup>

136. 后来的例子包括，委员会依据国际法协会以前的工作，支持将“重大”作为危险活动造成跨界损害的门槛。<sup>228</sup>

137. 在关于发生灾害时的人员保护的条款中，委员会在第 3 条(e)项评注中指出，“这一提法依据的是《在救灾中使用外国军事和民防资源的准则》(又称《奥斯陆准则》)和《民防援助框架公约》”。<sup>229</sup> 在同一条款中，委员会有几次提及私营专家机构拟订的其他文书。<sup>230</sup>

<sup>225</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 38，第 156-162 段。例如见关于国家继承涉及的自然人国籍问题的第 4 条评注第(1)段，《1999 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 28 页，提及欧洲委员会专家关于捷克共和国和斯洛伐克国籍法及其执行情况的报告(欧洲委员会(斯特拉斯堡，1996 年 4 月 2 日)，DIR/JUR(96)4 号文件)，第 54 段。另见引渡或起诉义务研究组的最后报告，《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 97 页，第 18 段，脚注 447，除其他外，提及非洲联盟-欧洲联盟普遍管辖权原则特设技术专家组的报告(8672/109/Rev.1)。

另见关于驱逐外国人的第 19 条评注第(2)段，《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 41 页，其中委员会提及“大会 1988 年 12 月 9 日第 43/173 号决议附件所载《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》。”

另见对联合国秘书长要求人道主义事务协调厅提交报告的提及，载于关于发生灾害时的人员保护的条款草案第 13 条第(9)段，《2016 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 51 页。

<sup>226</sup> 国际刑事法院规约草案第 59 条评注第(2)段，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 67 页，脚注 111，提及规则的第一个文本：《第一届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会，1955 年 8 月 22 日至 9 月 3 日，日内瓦》(联合国出版物，出售品编号：1956.IV.4)，附件一，第 67-73 页。

<sup>227</sup> 关于国际水道非航行使用法的第 12 条评注第(2)段，《1994 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 111 页，提及“环境署理事会 1978 年通过的《指导各国养护和协调利用两国或多国共有自然资源的环境领域行为原则》(1978 年 5 月 19 日第 6/14 号决定)将“严重影响”一语定义为“对共有自然资源的任何明显影响，[不包括]微小影响”(环境署，《环境法：准则和原则》，第 2 号，共有自然资源(内罗毕，1978 年))。

<sup>228</sup> Article X of the Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, International Law Association, Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966, London, 1967, p.496; and article 16 of the Berlin Rules on Equitable Use and Sustainable Development of Waters, Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16-21 August 2004, London, 2004, p. 334.

<sup>229</sup> 关于发生灾害时的人员保护的条款第 3 条评注第(24)段，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 32 页。

<sup>230</sup> 见关于发生灾害时的人员保护的条款，《2016 年……年鉴》，第二卷(第二部分)：第 4 条评注第(6)段，第 33-34 页，提及 1998 年 2 月 11 日《关于国内流离失所问题的指导原则》，E/CN.4/1998/53/Add.2，附件以及《在复杂紧急情况下提供人道主义援助的莫洪克标准：人道主义援助的道德和法律问题工作队》；第 5 条评注第(2)段，第 34 页，脚注 59，援引机构间常设委员会第九届会议，机构间常设委员会《自然灾害情况下的人员保护业务准则》(华盛顿特区，布鲁金斯-伯尔尼境内流离失所问题项目，2011 年)；第 6 条评注第(7)段，第 36 页，提及《红十字与红新月国际联合会准则》；第 15 条评注第(3)段，提及 2013 年《便利和管理国际救灾和灾后初期恢复援助示范法》。

138. 最后，在与武装冲突有关的环境保护原则评注中，委员会指出，关于工商企业尽职调查义务的原则 10 载有“《经合组织[经济合作与发展组织]关于来自受冲突影响和高风险区域的矿石的负责任供应链尽职调查指南》以及欧洲联盟冲突矿产品条例中所用‘受冲突影响和高风险区域’概念所启发的内容”。<sup>231</sup>

139. 备忘录中的另一项意见是，在某些专题中，委员会试图明确表示，它没有采用私营专家机构采取的办法。<sup>232</sup>

## E. 委员会依据自己以前的工作

140. 秘书处还注意到，委员会经常提及自己以前的工作。<sup>233</sup> 对委员会就《纽伦堡原则》所作工作的提及尤其说明了这一点。在审议与国际刑法有关的专题时，委员会经常提及自己以前就纽伦堡原则和纽伦堡判决所作的工作。在危害人类和平及安全治罪法草案中，委员会于 1951 年指出，关于对国际法上罪行的个人责任原则的第 1 条载于《纽伦堡法庭宪章》和《纽伦堡法庭判决书》，提及纽伦堡原则的提法宣称“犯下根据国际法构成罪行的行为的任何个人均需对此行为负责并应受惩罚”。<sup>234</sup>

141. 1996 年，委员会再次提及判决书中的陈述和委员会在《纽伦堡原则》方面的工作，指出“个人可因违反国际法而被惩罚”，<sup>235</sup> 或“个人具有超越个别国家规定之国民服从义务的国际义务”。<sup>236</sup>

142. 在关于危害人类罪的条款中，委员会提及关于国际法规定的个人刑事责任的一般规则的《纽伦堡原则》。<sup>237</sup> 此外，委员会还提及 1954 年《危害人类和平及安全治罪法草案》和 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》等专题，以说明刑事犯罪是由担任公职的人实施的这一事实并不排除实质性刑事责任。<sup>238</sup>

<sup>231</sup> 见关于与武装冲突有关的环境保护的原则，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/77/10)；原则 10 评注第(6)段，第 127 页；原则 10 评注第(8)段，第 128-129 页；原则 10 评注第(10)段，第 130 页，提及《工商企业与人权指导原则：实施联合国“保护、尊重和补救”框架》(A/HRC/17/31，附件)和经合组织，《环境与经合组织跨国企业准则》。共同工具和办法”。可查阅：<https://oecd.org/env/34992954.pdf>。

<sup>232</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 39，第 163-164 段。

<sup>233</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 40，第 165-171 段。

<sup>234</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第 1 条评注，《1951 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 135 页，提及《纽伦堡法庭宪章》和《纽伦堡法庭判决书》所承认的国际法原则一，《1950 年……年鉴》，第二卷，第 97 段。

<sup>235</sup> 见危害人类和平及安全治罪法草案第 1 条评注第(7)段，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 17 页。

<sup>236</sup> 危害人类和平及安全治罪法草案第 1 条评注第(11)段，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 18 页。

<sup>237</sup> 见关于防止及惩治危害人类罪的第 6 条评注第(2)段，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 67 页。

<sup>238</sup> 见关于防止及惩治危害人类罪的第 6 条评注第(28)和(29)段，同上，第 76 页。

143. 委员会提及自己工作的其他例子可见于其就使用与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践开展的工作，<sup>239</sup> 并可见于《关于驱逐外国人的原则》，其中委员会提及自己就国家对国际不法行为的责任开展的工作。<sup>240</sup>

144. 在关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案中，委员会依据了自己以前的一些产出。例如，在关于此类规范与普遍适用义务之间关系的结论草案 17 中，委员会表示，“措辞依据的是委员会关于国家对国际不法行为的责任的条款，其中将普遍适用义务描述为包括‘根据一般国际法强制性规范产生的’义务”。<sup>241</sup>

145. 此外，在关于强制性规范的另一结论草案中，委员会决定列入一个附件，载列“一份非详尽无遗的清单，列出委员会以前提到的具有强制性的规范”。委员会强调，它“参照委员会以前的工作，列入了委员会通常确定为具有强制性、但目前自己没有进行评估的各类规范”。<sup>242</sup> 因此，委员会提及它以前就条约法条款、国家对国际不法行为的责任条款和国际法不成体系问题研究组最后报告开展的工作。<sup>243</sup>

146. 最后，在委员会利用司法判例和学说方面，秘书处简要指出，委员会提及了权威最高的公法学家的某些学说，称其反映了国家实践。<sup>244</sup> 这包括指称私营编纂机构和其他专家机构的工作反映了国家实践，例如条约保存人出版的各国的批准书、声明、保留等等。<sup>245</sup> 其他例子包括国内法院判决汇编的学术出版物。例

<sup>239</sup> 关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 13 评注第(23)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 87 页。

<sup>240</sup> 见关于驱逐外国人的原则第 30 条评注第(2)段，《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 57 页。其中指出，“国家责任条款第 31 条规定了国家对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿的基本原则，而第 34 条则规定了各种赔偿方式，即恢复原状(第 35 条)、补偿(第 36 条)和抵偿(第 37 条)。”

<sup>241</sup> 关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案 17 评注第(4)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 66-67 页，援引第三章第二部分一般性评注第(7)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 111-112 页。有一个类似的例子可见于结论草案 19 的评注，其中委员会指出，“结论草案 19 第 1 款以国家对国际不法行为的责任条款第 41 条第 1 款为基础，规定各国应进行合作，制止严重违背一般国际法强制性规范(强行法)引起的义务”，结论草案 19 评注第(2)段，同上，第 70-71 页，提及国家对国际不法行为的责任条款第 41 条评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 114 页。

<sup>242</sup> 关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案 23 评注第(3)段，同上，第 85 页。

<sup>243</sup> 见同上，第(7)至(14)段，第 86-88 页。

<sup>244</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 41，第 172-174 段。

<sup>245</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，意见 172。例如见保留实践指南，准则 1.5.1 评注 3，脚注 270，《2011 年……年鉴》，第二卷，第三部分，第 69 页，援引红十字委员会题为“1949 年 8 月 12 日关于保护战争受难者的日内瓦四公约——批准、加入或继承时或与之有关的保留、声明和来文”的文件(DDM/JUR/91/1719-CRV/1)。

如，委员会提及各国法院判决汇编，并指出，在国家及其财产的管辖豁免条款中，处理联邦的组成单位和政治分支机构的国家实践并不统一。<sup>246</sup>

147. 在关于危害人类罪的条款评注中，委员会提及国家实践以及红十字委员会发表的一份研究报告，并指出，“根据对国家实践以及国际和国家判例的详细分析，红十字委员会 2005 年关于习惯国际人道法的研究就战争罪制定了一般标准……”，<sup>247</sup> “草案第 6 条第 3 款使用了类似的语言表达在危害人类罪方面处理指挥/上级责任的一般标准”。<sup>248</sup>

## F. 特别报告员关于委员会使用辅助手段的意见

148. 最后，在本章中，根据上述讨论，至少可以对委员会在利用辅助手段确定国际法规则方面的实践提出四点初步思考。

149. 第一，辅助手段似乎被普遍理解为包括司法判例和权威最高的公法学家学说两大类，在委员会的工作中普遍盛行。但是，它们(与其他材料一起)得到利用的性质和程度各不相同，在很大程度上取决于所审议专题的需要。它们压倒性地从实质和方法两个方面反映了委员会为履行任务、协助各国编纂和逐渐发展国际法而广泛借鉴司法判例和学说的努力。

150. 第二，关于作为辅助手段的司法判例，委员会的工作表明，它们在委员会协助各国编纂和逐渐发展国际法的工作中发挥着非常重要的作用。司法判例不仅被用来据以确定或确认国际法规则的存在和内容，而且在某些情况下还成为实际拟订国际法规则和原则的基础以及权利或义务的渊源。这意味着，虽然司法判例原则上被贴上“辅助”的标签，但委员会的现实实践表明，它们可能类似于国际法的主要渊源。如果这一论点是正确的，那么以后应该考虑一个问题，即理论与现实之间这种明显的不匹配是否也反映在国际性法院和法庭，特别是国际法院的实践中。作出肯定的推断是理所当然的。因此，更困难的问题可能是评估其影响。

151. 委员会对司法判例的利用涉及这样一点。根据秘书处备忘录提供的大量例子，委员会似乎更多地依据常设国际法院和国际法院的案件，而不是其他司法判例，由此可以推断，常设国际法院和国际法院获得了更大的权威。在某种程度上，

<sup>246</sup> 例如见关于国家及其财产的管辖豁免的第 2 条评注第(11)段，《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 16 页，脚注 34，有些判决包括法国的实践，例如 *Etat de Ceard v. Dorr et autres* (1932) (Dalloz, Recueil periodique et critique de jurisprudence, 1933 (Paris), part 1, p. 196 et seq.)。另见 *Dumont v. State of Amazonas* (1948) (Annual Digest..., 1948 (London), vol. 15, case No. 44, p. 140)。关于意大利，见 *Somigli v. Etat de Sao Paulo du Bresil* (1910) (Revue de droit international prive et de droit penal international (Darras) (Paris), vol. VI (1910), p. 527)。关于比利时，见 *Feldman v. Etat de Bahia* (1907) (Pasicrisie beige, 1908 (Brussels), vol. II, p. 55 or Supplement to AJIL (Washington, D.C.), vol. 26, No. 3 (July 1932), p. 484)。另见美国，*Molina v. Comision Reguladora del Mercado de Henequen* (1918) (Hackworth, op. cit., vol. II, pp. 402-403), and in *Australia, Commonwealth of Australia v. New South Wales* (1923) (Annual Digest..., 1923-1924 (London), vol. 2 (1933), case No. 67, p. 161)。

<sup>247</sup> 关于防止及惩治危害人类罪的第 6 条评注第(21)段，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 72 页。

<sup>248</sup> 关于防止及惩治危害人类罪的第 6 条评注第(22)段，同上。

这是自然的。正如委员会在自己的工作中所强调的，作为联合国主要司法机关的国际法院的判例具有重大影响力。它还可以反映委员会作为联合国主要编纂机构与国际法院作为解决当代国际法上国家间一般性争端的主要司法机构在工作上的互补性。

152. 尽管如此，但在正常情况下，委员会选择提及哪个司法机构主要取决于所审议的专题和相关判例的可得性。例如，在其他各种专题中，其他国际性法院如国际刑事法庭的裁决相当引人注目，在某些情况下，成为委员会工作的主要依据。仅举几个例子，例如国际刑法领域的情况就是如此，《纽伦堡法庭宪章》和该法庭判决、《危害人类和平及安全治罪法草案》、防止及惩治危害人类罪条款草案和国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案确认的国际法原则的拟定就反映了这一点。关键的是，无论是依据一法庭的判决和组成文书拟订原则，如《纽伦堡原则》，还是编纂一国际性法院的判决或从中获得灵感以提出条款，所提到的大多数专题自然都大量提及前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭、柬埔寨法院特别法庭和国际刑事法院的司法判例。在与海洋法有关的问题上，国际海洋法法庭的判例也是这种情况。同样值得注意的是，国家和区域法院和法庭以及其他裁判机构的判例也被用来阐明适用的法律和评注。

153. 特别报告员的第三点初步意见可以从秘书处备忘录中关于委员会分别利用司法判例和法律著述的广泛意见中推断出来，委员会更多地利用了前者，而不是后者。这既不令人惊讶，也不表明司法判例比学说更重要或更相关。相反，特别报告员认为，这是它们各自发挥的不同作用的功能。它还可以反映一个事实，即就事物的性质而言，甚至撇开合法性问题不谈，在正常情况下，司法判例往往更能具体地阐明一项可能的国际法律规则，无论是在解释条约、还是在确定是否存在习惯国际法或一般法律原则方面。本报告后文会讨论其中一些问题。

154. 第四点也是最后一点初步意见是，关于公法学家的学说，委员会的工作在某些情况下似乎依据它们来确定国家实践。委员会还对个别学者的著作和专家组的著作给予不同类别的重视。虽然本报告没有对专家机构进行系统分析，因为这将是今后报告的主题，但总而言之，学术著作中观点的一致性似乎比一个或几个权威更有份量。专家组从本质上讲会得到更多认可，这不仅可能是因为其工作质量更高，而且在某些情况下还是因为其与国家的关系和互动。此类利用专家著作的方式也明显见于国际性法院和法庭的工作，与起草历史相符。特别报告员会在本报告相关部分再次讨论这一问题。

## 六 国际法律体系中渊源的性质和作用

### A. 国际法渊源地位概述

155. 渊源的性质和作用问题是任何国际法讨论的根本问题。因此，在讨论确定法律规则的辅助手段之前，就其性质而言，必须联系国际法的渊源来考虑这些辅助手段，首先就国际法律体系相对于国内法律体系的性质这一更广泛的背景发表一些一般性意见似乎不无裨益。这里的目的不是要面面俱到，而是要解决在关于国际法渊源的学术辩论中经常出现的、似乎特别相关的一系列理论问题。本报告和审议这一专题的目的都不是为了解决在国际法渊源问题上有时相当激烈的理论辩论。这里重要的是对围绕国际法渊源的一些关键问题的理解，因为这些问题以后可能与委员会关于本专题的实际工作有关。

156. 首先，不言而喻的是，国际法作为主要调整主权国家间关系的法律体系，并没有国家法律体系中常见的立法、行政或司法等中央集权机关。在具有等级性的国内法律制度中，立法机关可以颁布宪法、法律或法规，然后由行政部门予以实施。立法机关可以被认为是法律的形式渊源，因为它通常被授予国家立法权。当法律主体之间，无论是自然人还是法人，或两者之间，就法律的解释和适用发生争议时，具有强制管辖权的法院通常充当解决争议的仲裁者。

157. 在国家法律体系中，有明确的方法来确定法律渊源，与之相对照的是，国际法是分散的。没有一个全球性的立法机构或权力机构能够通过对所有法律主体（主要是国家，但也包括国际组织和其他相关行为体）自动具有约束力的普遍法律。国际领域缺乏立法机构产生多种后果。<sup>249</sup>

158. 在国际法中，也没有一个相当于政府行政部门的机构来执行法律。同样，也没有拥有自动强制管辖权的国际法院通过解释和适用法律来解决诉讼当事人之间的争端。国际一级的争端解决制度是以同意为基础的，反映了主权性质，正如《联合国宪章》第三十三条所强调的争端解决的替代手段，包括谈判、和解、仲裁和司法解决。在这样一个横向而不是纵向的法律体系中，发现法律的方法“要复杂得多”。<sup>250</sup>事实上，正如 Malcolm Shaw 在《国际法》中正确解释的那样，“因此，人们面临的问题是发现法律在哪里，以及如何判断某一特定主张是否构成法律规则。”<sup>251</sup>

<sup>249</sup> Gerald Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law” in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021) pp. 476-496 at p. 479.

<sup>250</sup> Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 35.

<sup>251</sup> Malcom N. Shaw, *International Law*, 9th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 59.

159. 考虑到在国际法这样一个不分等级的体系中，“受国际规则和原则约束的同样的国际法主体自己创造了这些规则和原则”，事情变得更加复杂。<sup>252</sup>事实上，正如 Robert Y. Jennings 在 1981 年指出的那样，“对国际法的效力——或渊源——的检验从未有现在这么多的困惑和怀疑。”<sup>253</sup>此外，正如 Hugh Thirlway 正确提醒的那样，除了时而出现的“主权”冲突之外，还有国际律师必须考虑的“世界事务的无政府性质”。<sup>254</sup>简而言之，就其性质而言，国际法律体系不同于国内法律体系，并对确定对法律主体具有约束力的法律渊源提出了挑战。

160. 今天，尽管有上述和相关的相反的怀疑，但公认的是，“国际法确实存在，而且是可以确定的。”<sup>255</sup>因此，它有“渊源”，从中可以推导出适用于特定情况的规则，以调整法律主体(主要是国家，但也包括国际组织)之间的关系。在这方面，“渊源”学说已经成为 Oscar Schacter 在 1991 年的著作中解释的“上个世纪提供法律确认的客观标准的主要知识工具”，并且“今天为确定和确认法律规定奠定了可验证的条件”。<sup>256</sup>这种情况下的条件当然是国家意志的明显表现，可以在渊源中找到，特别是在条约、习惯国际法和一般法律原则中找到的规则。后者也可能反映在确定法律规则的辅助手段中，例如，在一个法院的裁决表达一项国际法规则的情况下。

## B. 界定国际法中的“渊源”

161. 确定和澄清法律渊源对于任何法律体系都是至关重要的，无论是国家法律体系还是国际法律体系，因为制定法律不是一项静态的努力，而是一个动态和持续的过程。《马克斯·普朗克国际法百科全书》指出，“谈到‘国际法的渊源’，即预先假定国际法中存在法律规则，即具有约束力的规则。”<sup>257</sup>

162. 但是，与人们对作为国际法渊源的国际法律秩序这一基本概念的预期相反，甚至“渊源”一词也带来了一些困难。根本没有一个普遍接受的定义。<sup>258</sup>这一术语在拉丁语中是 *fons juris*(法律的渊源)，与其相近的“source of law”(法律渊

<sup>252</sup> Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35.

<sup>253</sup> R.Y. Jennings, “What is International Law and how do we tell when we see it?” in Basil S. Markesinis and JHM Willems (eds), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980* (New York: Kluwer 1983), pp. 3-32 at p. 5.

<sup>254</sup> Thirlway, “The sources of international law,” in Malcolm Evans, *International Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2010), pp. 95-109 at p. 97.

<sup>255</sup> Shaw, *International Law*, p. 59.

<sup>256</sup> Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1st ed. (Springer, 1991), pp. 35-37.

<sup>257</sup> R. Wolfrum, “Sources of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, available at <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1471?rkey=2OJLVE&result=1&prd=MPIL>.

<sup>258</sup> 早在 1925 年，P.E. Corbett 就认为我们应该摒弃“渊源”(“sources”)这个词，因为它的含义极其多样。在这方面见 Percy E. Corbett, “*The Consent of States and the Sources of the Law of Nations*”, 6 Br. Yearb. Int. Law, vol. 6 (1925) p. 20 at p.30.

源)或“*source de droit*”(法语同义语)有多种理解。<sup>259</sup>就当前目的而言,采用 Shaw 提出的定义似乎就足够了,他将“渊源”描述为“在技术层面上在法律制度内运作的那些规定”。<sup>260</sup>或者,正如 Ian Sinclair 更方便地指出的那样,“赋予国际法规则内容以法律性质的东西。”<sup>261</sup>换句话说,当国际律师谈到渊源时,他们通常指的是技术上法律效力的来源。

### C. “形式”渊源与“实质”渊源之间的区别

163. 根据上述渊源定义,渊源可被视为对各国具有法律约束力的国际法规范,这似乎很简单。Ian Brownlie 和许多其他人一样,将渊源理解为上一段中界定的内容。但是他接着进一步区分了渊源这个术语的两种用法。这种区别在于所谓的“实质”渊源与“形式”渊源之别。他认为,后者“可指国际法约束力的来源,也可指作为信息来源的法律文献来源”。(楷体强调后加)。Oppenheim 的《国际法》一书描述了这种区别,即形式渊源是法律规则产生其法律效力的来源,而实质渊源提供了该规则的实质内容。<sup>262</sup>

164. Alain Pellet 的表述略有不同,按他的表述,国际法的形式渊源是“国际法规则变得具有法律相关性的过程”,而实质渊源“可以被定义为法律规则的政治、社会、经济、道德或宗教渊源”。<sup>263</sup>在上述两种理解中,“理性或道德等终极渊源被排除在外,图书馆和期刊等更多为功能性的渊源也被排除在外。”<sup>264</sup>基本上,当国际律师提到渊源时,“其目的是对国际法规则形成的过程进行调查。”<sup>265</sup> Herbert Briggs 认识到“渊源”一词的困难,将其描述为“创造国际法的方法或程序”。<sup>266</sup>

165. 渊源一词的“实质”或“历史意义”通常与该术语的“形式”或“法律”意义相对照。正如 James Crawford 所解释的,尽管“实质渊源提供了规则存在的证据,这些规则一旦确立,即具有约束力并具有普遍适用性”,但形式渊源“是那

<sup>259</sup> 关于国际法渊源的进一步讨论,特别是确定国际法规则的辅助手段,见 Mathias Forteau, Alina Miron and Alain Pellet, *Droit International Public* (Paris, LGDJ, 9<sup>th</sup> edition, 2022), p. 492-511。

<sup>260</sup> Shaw, *International Law*, p. 66.

<sup>261</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester Univ. Press, 1984), p. 2.

<sup>262</sup> Sir Robert Jennings & Sir Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 1996), p. 23; 引用者 Shagufta Omar, “Sources of International law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice”, *Int'l Islamic Univ.* (2011), available at <http://ssrn.com/abstract=1877123>。

<sup>263</sup> A Pellet, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice” in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) pp.677-792 at p 774, para 111.

<sup>264</sup> Shaw, *International Law*, p. 66.

<sup>265</sup> 同上。

<sup>266</sup> Herbert Briggs, *The Law of Nations: cases, documents, and Notes*, 2nd ed., (New York, Appleton-Century-Crofts, 1952), p. 44.

些用于创建普适规则的方法，这些规则对其所涉问题具有法律约束力”。<sup>267</sup> 在这方面，渊源的实质和非法律意义是指“一种因果或历史影响，解释了特定地点和特定时间法律规则的事实存在”，而在法律意义上，“这一术语是指一项法律规则在有关特定法律制度中有效的标准”。<sup>268</sup>

166. 总之，据说形式渊源赋予规则强制性，而实质渊源反映了规则的实际内容。本质的区别是“激发法律内容的东西与赋予法律内容以强制性质的东西之间的区别。”<sup>269</sup> 这种区别不仅仅是理论上的，也是实际上的。它基本上是将有约束力的法律与无法律约束力的规范、现行法(实然法)与拟议法(应然法)区分开来的基础。

167. 但在国际法的背景下，与国内法相反，“形式渊源”的概念可以而且已经被批评为“别扭和具有误导性”。<sup>270</sup> 这是因为形式渊源的概念据说会让读者联想到“存在于国家内部的宪法造法机制”，而对于“国际法规则的创立”而言，这种机制根本不存在。<sup>271</sup> 根据这一观点，从国际法的角度来看，形式渊源和实质渊源之间的区别似乎很难维持，因为它试图明确区分实质和程序性要素，从而可能分散对一些更重要问题的注意力。<sup>272</sup> 无论如何，归根结底，更重要的是证明各国对特定规则和惯例的存在存有共识的渊源。<sup>273</sup> 因此，它直截了当地提出了在哪里可以找到对国家有约束力的规则的问题，并使我们回到关于国际律师可以去哪里确定国际法义务的来源这一中心问题。

#### D. 第三十八条第一项的作用以及国际法渊源与义务的来源

168. 在上述分散的国际法律体系的背景下，《国际法院规约》第三十八条中有被广泛认为是国际法渊源的“最权威和最全面的陈述”<sup>274</sup> 就不足为奇了。被称为“著名或差劲的规定”<sup>275</sup> 的第三十八条第一项确立了一项规则，要求其职能是根据国际法对提交给它的争端作出裁决的法院适用：确立争讼国明确承认的规则的条约，无论是一般条约还是特定条约；作为被接受为法律的一般惯例的证据的国际习惯；“文明国家”所承认的一般法律原则，以及“作为确定法律规则的辅助手段”的司法判例和各国权威最高的公法学家的学说。司法判例受制于第五十九条的规定，该条规定，法院的裁判除对于当事国及本案外，无约束力。

<sup>267</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 20-23.

<sup>268</sup> Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35.

<sup>269</sup> Fitzmaurice, *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, p. 479.

<sup>270</sup> Ian Brownlie, *Principles of public international law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2003), p. 3.

<sup>271</sup> 同上。

<sup>272</sup> Shaw, *International Law*, p. 60.

<sup>273</sup> R. Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent", *Amsterdam J Int'l L.*, vol. 96 (2002), p. 531 at p 531.

<sup>274</sup> 另见 Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (United States of America: Oxford Univ. Press, 2003) – “这是最权威的定义，尽管一些学者对此提出质疑。”

<sup>275</sup> Pellet, "Article 38", p 774, para 111.

169. 虽然第三十八条基本上反映了在 1921 年正式设立常设国际法院之前作为解决国家间争端的特别手段出现的仲裁法庭的长期惯例，但该条款没有明确提到渊源一词。总的来说，该条也没有涉及形式渊源与实质渊源之间令人困惑而且可能毫无益处的区别。虽然有人认为，条约和习惯是形式渊源，而一般法律原则和司法判例和学说是实质渊源或准形式渊源。<sup>276</sup> 第三十八条实际上“严格涉及‘法院法’”。<sup>277</sup> 事实上，作为一个纯粹的技术问题，第三十八条只是对法院的一个具体指示，涉及法院在解决国家间争端时应依赖的法律渊源。

170. 不过，第三十八条意义重大，不仅仅是因为它是国际法院的适用法律规定。这一重要意义更源于它所获得的广泛和普遍接受，因为它反映了习惯国际法。就该机构本身而言，这种广泛接受既是明确的，也是隐含的。所谓明确，是指《联合国宪章》第九十二条明确规定，国际法院是国际社会的主要司法机关，以司法手段解决联合国集体安全生态系统内的争端。因此，一旦一个国家获得会员资格，它就自动接受国际法院的管辖。正如 Ademola Abass 所言，“由于法院的工作是解决联合国会员国(也是法院成员)之间的争端，因此如第三十八条第一项所述，法院适用国际法规则非常重要。”<sup>278</sup>

171. 此外，同样明确的，其他国际文书也明确提到第三十八条，例如 1928 年《和平解决国际争端总议定书》第 28 条<sup>279</sup> 和《常设仲裁法院两国之间争议仲裁任择规则》第 33 条。<sup>280</sup> 其他专门法律文书从第三十八条中得到启发，例如《国际刑事法院罗马规约》第 21 条涉及该法庭适用的法律，《非洲司法和人权法院规约议定书》第 31 条涉及非洲司法和人权法院适用的法律。<sup>281</sup>

<sup>276</sup> Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 493.

<sup>277</sup> R.Y Jennings, “General Course on Principles of International Law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p.121.

<sup>278</sup> Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases and Material*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014), p. 28.

<sup>279</sup> 《仲裁总议定书(和平解决国际争端)》(1928 年 9 月 26 日, 日内瓦), 国际联盟, 《条约汇编》, 第 93 卷, 第 343 页, 第 28 条。

<sup>280</sup> Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States, 32 I.L.M. 572 Cambridge Univ. Press, 1993), art. 33, 见 <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/permanent-court-of-arbitration-optional-rules-for-arbitrating-disputes-between-two-states/84C1DC6592E5EC2657D0A38EEC22B891>。

<sup>281</sup> 《马拉博议定书》第 31 条规定如下：“法院在履行其职能时应考虑到：(a) 《组织法》；(b) 争讼国批准的国际条约，无论是一般条约还是特殊条约；(c) 国际习惯，作为被接受为法律的一般惯例的证据；(d) 普遍承认或非洲国家承认的一般法律原则；(e) 根据本《规约》第 46 条第 1 款的规定，司法判例和各国最权威的公法学家的著作以及非盟的条例、指令和决定，作为确定法律规则的辅助手段；(f) 与案件裁定相关的任何其他法律。2. 如果当事方同意，本条不影响法院根据公允及善良原则对案件作出裁决的权力。” African Union, *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (1 July 2008), available at [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf)。关于《马拉博议定书》的全面评论，见 Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke and Vincent O. Nmehielle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019)。

172. 《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 42 条也有类似的例子，该条指示法庭依照“双方可能同意的法律规则”对争端作出裁决，如果没有这种协议，则适用“作为争端一方的缔约国的法律(包括其冲突法规则)以及可能适用的国际法规则”。<sup>282</sup> 撇开关于要求选择国内法或国际法规则的问题的定性问题，以及法庭也可能不提出无法可依的裁定，并有权根据公允及善良原则裁决争端的事实，无可争议的是，该条中的“国际法”一词“应依照《国际法院规约》第三十八条第一项赋予它的含义来理解，同时考虑到第三十八条旨在适用于国家间争端的事实。”<sup>283</sup>

173. 尽管《国际法院规约》第三十八条第一项在适用上具有一定普遍性，但它并不是关于司法判例对裁决者的相关性的唯一规定。这里有三个例子值得一提。第一个，也是最不相干的一个涉及加勒比法院，该法院在行使其“初审管辖权”时，必须遵守严格的遵照前例规则。根据《经修订的关于建立加勒比共同体包括加共体单一市场和经济体的查瓜拉马斯条约》第 221 条，“法院的判决对法院诉讼的当事方应是具有法律约束力的先例，除非这些判决已根据第 219 条进行了修正”。<sup>284</sup>

174. 《欧洲经济区协定》也采用了类似的办法，其中第 6 条规定，与欧洲法律条款基本相同的协定条款“应根据欧洲共同体法院在本协定签署之日前作出的相关裁决进行解释”。<sup>285</sup> 这一条文还包含一个限定语(“不妨碍判例法的未来发展”)，实际上包含了一个截止日期。

175. 第二种模式，即中间模式，体现在上述《罗马规约》第 21 条中，该条规定了国际刑事法院适用的法律。在这方面，第 21 条第 2 款更具体地规定了国际刑事法院司法判例的适用问题。这些司法判例没有像第三十八条第一项(卯)款那样被列为辅助手段。该条在几个方面不同于第三十八条：首先，它仅提及国际刑事法院的裁决，这些裁决之间没有等级关系；第二，它规定法院得而不是“应当”适用这一材料；第三，它澄清了适用的是“其以往裁决中所解释的法律原则和规则”，而不是裁决本身。

176. 还有其他例子。例如，贸易协定通常包含大意如下的条款，即自由贸易协定本身的案文应根据现有的判例法进行解释。例如，《欧盟-联合王国贸易与合作协定》第 516 条规定，“对本部分条款的解释和适用应考虑到世贸组织争端解决

<sup>282</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes(ICSID), “Convention on the Settlement of Investment Disputes”(14 October 1966), U.N.T.S. 8359, Art. 45, 见 [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID\\_Convention\\_EN.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf) (2023 年 2 月 7 日访问)。

<sup>283</sup> ICSID, “Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”(1993) vol. 1, ICSID Reports, pp. 23-34 at p. 31。另见 *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, 24 January 2003, para. 300。

<sup>284</sup> 见 CARICOM Secretariat, Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy (Bahamas, 5 July 2001), 可在线查阅 [https://caricom.org/documents/4906-revised\\_treaty-text.pdf](https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf)。

<sup>285</sup> Agreement on the European Economic Area, OJ No L 1, 3.1.1994, p. 3; and EFTA States’ official gazettes, ([efta.int](http://efta.int))。

机构通过的世贸组织专家组和上诉机构报告中的相关解释，以及根据《争端解决谅解》作出的仲裁裁决。”<sup>286</sup> 这种规定是常见的，即有关问题不仅仅是文本的相似性，而是根据两国都是缔约方的一个以上协定(或几套协定)的规则提供的同等保护。

177. 如前几节所示，第三十八条第一项及其对司法判例作用的处理原则上是有限适用的规定，可以被构成特别法的其他法定规定所取代。不过，出于两个相互关联的原因，《国际法院规约》第三十八条被理解为一项更普遍适用的规定。第一个原因是，如前所述，它通常被视为国际法渊源的权威性陈述；第二个原因是，它本身经常以提及的方式被纳入，或作为关于非国际法院裁决的文书中的后备条款。

178. Brierly 的《万国法》走得更远，他认为该条款“是最高权威的文本，我们可以合理地假设，它表达了任何被要求执行国际法的法庭的义务。”<sup>287</sup> 这一立场肯定了第三十八条的中心地位，并在《联合国海洋法公约》第 74 条和第 83 条中得到支持。<sup>288</sup> 该条的权威性产生了一种明显的共识，即它事实上反映了习惯国际法。委员会自身以往和最近的工作，虽然在某些情况下反映了更广泛的渊源，但以第三十八条为出发点，并确实承认其普遍适用性和权威地位。<sup>289</sup> 这在委员会关于第三十八条的另外两项条文的工作(即习惯国际法和一般法律原则的识别)中尤其显著。<sup>290</sup>

179. 另一方面，尽管我们将在适当时候更全面地审查第三十八条的措辞，但该条受到了基于许多不同理由的批评。正如 Pellet 正确指出的那样，“条约法的一些条款(如有)，需要得到像《规约》第三十八条那样多的评论、辩论、批评、赞扬、警告和热情。”<sup>291</sup> 出于我们有限的目的，在现阶段，批评的核心集中在三个关键方面。

<sup>286</sup> Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, Brussels and London, 30 December 2020。可查阅 [https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430\(01\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN)。

<sup>287</sup> Andrew Clapham, Brierly's Law of Nations An Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford Univ. Press 2012), p. 56.

<sup>288</sup> Convention on the Law of the Sea (Montego Bay, 10 December 1982), 1833 U.N.T.S. 397.

<sup>289</sup> 见 1953 年《仲裁程序公约草案》第十二条(《1953 年……年鉴》，第二卷，第 210 页，以及 1958 年《仲裁程序公约草案》第十条(《1958 年……年鉴》，第二卷，第 84 页)。

<sup>290</sup> 见“几位委员重申，《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款被广泛视作关于国际法渊源的权威性陈述，委员会工作的出发点是第三十八条意义上作为国际法渊源的一般法律原则”，《国际法委员会报告》，A/77/10，2022 年，第八章，第 106 段，第 299 页。国际法委员会关于国际法一般原则工作的特别报告员认为，“有的立场认为，第三十八条仅限于国际法院适用的法律，这一立场暗指不存在一般性的国际法渊源[……]这种立场是不可持续的，因为它将导致国际法陷入不可接受的不成体系问题，还会导致法律不确定性，使国际法律体系无法运作”，《国际法委员会报告》，A/77/10，2022 年，第八章，第 132 段，第 303 页。

<sup>291</sup> Pellet, “Article 38”, p. 679.

180. 首先是起草的方式。那些对该条款持批评态度的人断言，该条“措辞不当”，<sup>292</sup>“不清楚”，“有缺陷”，甚至“过于形式主义”。<sup>293</sup> 的确，正如一位作者所言，对第三十八条有多种理解方式，包括“作为一个多余和无用的条款，往好里说是一个笨拙和过时的界定国际法的尝试，往坏里说是一个瘫痪世界最高司法机构的紧箍咒。”<sup>294</sup> 另一方面，正如同作者正确指出的，关于第三十八条的真相可能在中间地带。从这个角度来看，第三十八条“既不值得过分赞扬，也不值得严厉批评”，因为它还可以更积极地被视为国际法院必须适用的法律的“最成功和最简明的描述”，“为在解释和执行国际法规则时避免无法可依以及任意性和幻想提供了有益的指导。”<sup>295</sup>

181. 第二，也是更实质性的一点，对第三十八条的一项批评是因为用 Jennings 的话来说，该条被认为反映了“在接受第三十八条所列清单为对国际法渊源的陈述方面，对其含义的任何看法都有逻辑上的困难”。<sup>296</sup> 这一困难源于这样一个事实，即《法院规约》本身作为一项条约，将属于第三十八条第一项中三部分清单的第一项。

182. 文献中经常出现的对第三十八条的第三个疑问是，它是否详尽无遗地列出了国际法的所有渊源。至少有两种可能的解释。包括 Georg Schwarzenberger 在内的一些人认为，该条款确实穷尽了国际法的渊源。<sup>297</sup> 第二种、也是更合理的解释是，第三十八条并非详尽无遗，因为它没有也从来没有打算列出国际法的所有渊源，而是为法官们列明了一个指示，说明在确定国际法的适用规则时主要从何处着手——这是 Fitzmaurice 极力主张的一点。<sup>298</sup>

183. 尽管如此，如果在 1920 年代初起草该条款时关于该条不全面性的观点很难论证，那么今天就不难了。John Dugard 和 Dire Tladi 认为，虽然第三十八条所载清单在 1920 年代后期起草时可能已经很全面了，但“它不再准确反映构成今天国际法渊源的所有材料和国家实践形式”。<sup>299</sup> 随着《国际法院规约》通过以来时

<sup>292</sup> Certain Norwegian Loans (France v. Norway), Judgment, Dissenting Opinion of Judge Basdevant, (July 6, 1957).

<sup>293</sup> Pellet, “Article 38”, p. 677.

<sup>294</sup> 同上，第 680 页。

<sup>295</sup> 同上，第 679 页。

<sup>296</sup> Jennings, “General Course on Principles of International Law”, p. 121 ( “此外，无论对第三十八条中的清单的含义有何看法，接受它作为国际法渊源的陈述都有逻辑上的困难；因为《国际法院规约》作为一项条约本身属于清单的第一类。” )

<sup>297</sup> G. Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals” in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2021), pp. 96-106 at p. 96.

<sup>298</sup> Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

<sup>299</sup> J Dugard and D Tladi “Sources of International Law” in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28-48 at p. 28.

间的推移，以及国际关系的动态导致国家实践的调整，该条款中的明显缺陷变得更加明显。他们进一步认为，努力“在第三十八条所承认的渊源类别内带来法律渊源的新发展”将不可避免地导致“这些渊源的扩大，超出 1920 年最初设想的范围”。<sup>300</sup> 另一方面，Ross 等人认为，第三十八条不能正式构成国际法渊源理论的基础。<sup>301</sup> 充其量，第三十八条是法院必须适用的形式渊源，按照这种观点，该条“明确反映了对一般国际法渊源的抽象看法”。<sup>302</sup>

184. 但是质疑第三十八条的论点进一步深入，即在该条范围内实际包含的渊源中，有人认为其中一些并非“真正渊源”。<sup>303</sup> 同样，正如另一位作者正确指出的，虽然本报告显然不是解决关于该条款的旧学术辩论的地方，但尽管现实情况是，迄今为止为取代该条款而提出的所有替代表述都没有获得支持，但对这一被大量引用的适用法律条款的所有批评都是正确的。<sup>304</sup> 甚至有人提议修改它，但没有成功。因此，在撰写本报告时，考虑到其长达一个世纪的历史，第三十八条在《国际法院规约》中的地位似乎相当稳固。

185. 部分原因不仅是据说它现在已经牢固地植根于习惯国际法，这可能是最重要的一点，而且它在实践中基本上运作良好。从很多方面来说，这是关键的考虑因素。事实上，正如那些有机会重温这一条款的法学家早在 1945 年国际法院成立前得出的结论，事实是这一条款“在理论上引起的争议多于实践中的困难”。<sup>305</sup> 在它的行文诞生一个世纪后的今天，这一观点仍然同样适用。因此，尽管第三十八条存在明显的缺陷，包括如果对其进行修正以消除目前令人尴尬的文明/不文明的区分，<sup>306</sup> 今天可能会被视为更可接受这一问题，但事实是，所意识到的问题并没有“阻止”国际法院——就此而言，其他国际法院——“裁定提交给它的国际争端，或提供咨询意见，并在必要时采取创新或创造性的解决办法”。<sup>307</sup>

186. 渊源论述的最后一个理论要点似乎与本章和今后关于这一专题的工作有关，即学术文献中有时对国际法渊源和国际义务来源所作的区分。就此，主要论点借鉴了 Fitzmaurice 的著作，众所周知，他在一篇有影响力的文章中指出，第三十八

<sup>300</sup> Dugard et. al, “Sources of International Law”, p. 28.

<sup>301</sup> 由 Fitzmaurice 引用, Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

<sup>302</sup> Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

<sup>303</sup> 同上。

<sup>304</sup> Pellet, “Article 38”, p. 681.

<sup>305</sup> 国际法委员会研究组的报告，《国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难》，A/CN.4/L.682 (2006 年 7 月 18 日)；UNCIO (Selected Documents version, US Government Printing Office, 1946), 843/868。

<sup>306</sup> 《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款(1945 年)(“一般法律原则为文明各国所承认者”)；以及 S. Yee, “Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, J. Int. Disp. Settlement, vol. 7(2) (2016), p. 472。

<sup>307</sup> Pellet, “Article 38”, p. 680.

条不能作为国际法渊源问题的参考。<sup>308</sup> 相反，他建议将义务的形式来源与法律的形式渊源分开，虽然两者可能重合，但不一定相同。在他看来，形式渊源从自然法中获得其内在的有效性。根据这一观点，例如，正确理解的条约是义务的来源，而不是法律的渊源，从这一角度来看，即使所谓的“造法条约”也并不真正创造法律，而是确立了义务。<sup>309</sup>

187. 这种区分也明显反映了大陆法系和普通法系对待国际法的方法之间的差异(前者据称更喜欢条约，而后者更喜欢习惯法)，这种区分的基础似乎在于，要称该条款为渊源，就要求它顾及对法律制度主体普遍有效和适用的规则，而不是法律制度主体的特定义务或承诺。在对法律渊源和义务来源之间的区别提出质疑的国家中，有些国家似乎拒绝接受法律必然限于普遍有效的规则这一概念，因为国家的权利和义务可能来自一般和特定条约以及习惯法。<sup>310</sup>

188. 无论如何，就辅助手段而言，并不是说本研究试图(假设可能的话)解决这种理论上的争论——这种争论的实质是确定实证主义和自然法在国际法中的地位，而是说委员会只是注意到这一点。一旦注意到这一点，就应考虑它们对这一专题工作的实际方面可能产生的影响。这是在这里讨论抽象的法律渊源与义务来源之争的唯一原因。

189. 特别报告员认为，在不完全进入学术辩论的情况下，法律渊源和义务来源之间的区分与本专题相关，因为它也产生实际后果。它不仅仅是提供了一个有用的工具来思考渊源及其相关的辅助手段。原因是，条约、习惯法和一般法律原则中的规则很重要，但其本身并不是国家根据国际法承担法律义务的唯一可能依据。例如，这一主张可以通过提及在某些情况下能够产生法律义务的单方面声明的实践来说明。国际组织的决议也是如此。暂且不论这种行为或决议是否可被视为义务的形式来源，类似于《国际法院规约》第三十八条所载形式渊源清单，这种区分至少确保重点不在于条约或国际习惯或一般法律原则的形式渊源，而在于国家义务的法律效力。我们将在本报告第九章中再次讨论这个问题，记得该章讨论了可能存在的其他辅助手段。

## E. 渊源中缺乏正式的等级

190. 正如本章前一节已经指出的，法学家针对第三十八条提出了一些问题。我们现在关注两个似乎与当前主题特别相关的方面。首先，按特定顺序罗列条约(第一项(子)款)、国际习惯(第一项(丑)款)和一般法律原则(第一项(寅)款)的第一项，是否确立了国际法渊源的等级。其次，第三十八条第一项范围内“辅助手段”的

<sup>308</sup> Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 494..

<sup>309</sup> 同上，另一些人对单方面行为表达了类似的观点。

<sup>310</sup> 关于对 Fitzmaurice 的区分表示(严重)怀疑的其他人的例子，见 Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1971), pp. 25-27; George Abi-Saab, “Cours general de droit international public”, *Recueil des cours*, vol. 207 (1987), pp. 194-195; M.H. Mendelson, “Are Treaties Merely a Source of Obligation?”, in William E. Butler (ed.), *Perestroika and International Law* (Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), pp. 81- 88 at p. 87.

作用和地位，即主要渊源与次要渊源，或所谓的“创造法律”和“决定法律”的作用之间的区别。换句话说，法院是否可以根据第一项(卯)款的规定发展或甚至制定法律。

191. 关于第一个问题：等级问题。在起草第三十八条时，有人建议该条规定，该条所载渊源应“按下述顺序”予以考虑。<sup>311</sup> 最后，正如阐述该条起草历史的下一章所显示的，《规约》的起草者考虑了一个顺序。他们还考虑了等级的问题。但是，经过一番辩论后，他们没有决定在这些渊源之间维持一种正式的等级关系。一般看法是，可以考虑所有渊源，在某些情况下，甚至可以同时考虑。因此，条约、习惯和一般法律原则在规约中处于平等的法律地位。<sup>312</sup> 即使作为一个实际问题，可能事实证明这些渊源中的一些有更多的用途，并被赋予更实际的意义。

192. 国际法中也没有特别的一般规则规定渊源的等级。<sup>313</sup> 然而，“渊源学说中没有严格和正式的等级这一问题，不应掩盖这样一个事实，即国家、裁决者和法律学者曾在历史上明确表示偏爱特定的渊源，并因此确立了非正式的等级，如果不具备效力，至少在立法过程中具有重要性或突出地位”。<sup>314</sup> 一些学者赞同这一观点，他们指出，“在实践中，更多依赖条约和习惯国际法。这两个渊源都建立在国家同意的基础上，其经验上的上位地位强调了国际法的协商一致基础。现代国际法在规范等级方面有了重要发展。尽管在传统国际法中，所有规范和规则享有同等地位，但今天，某些被称为一般国际法强制性规范(强制法)的规范在规范渊源等级中享有更高的地位。《联合国宪章》规定的义务在规范上也优于其他国际法规则”。<sup>315</sup> David Kennedy 认为，“似乎需要确立某种等级，以发展一种内部一致且足够独立的权威体系。否则，该机制可能会产生同样权威的规范，人们将不得不根据其内容从中进行选择”。<sup>316</sup>

193. 尽管 Fitzmaurice 早在 1958 年就指出，甚至关于渊源等级的辩论是否是“一条富有成效的调查线索”都是值得怀疑的，但学术界对此似乎存在分歧。<sup>317</sup> 尽管如此，至少在形式上，大多数学者似乎不认为第三十八条中有正式的渊源等级。重要的是，委员会在其以前的工作中也采取了同样的观点。似乎没有令人信服的理由在现阶段重新考虑这一立场。

194. 也许有人会争辩说，条约(第一项(子)款)、习惯(第一项(丑)款)和一般法律原则(第一项(寅)款)之间没有等级之分，至少在形式上该条的意图如此，但对第三十

<sup>311</sup> Alexander Orakhelashvili, *Akehurst Modern Introduction to International Law*, (Routledge, 2022), p. 56.

<sup>312</sup> 《大会正式记录，第七十六届会议，补编第 10 号》(A/76/10)，附件《确定国际法规则的辅助手段》，第 9 段。

<sup>313</sup> Dugard et. al., “Sources of International Law” pp. 28-29.

<sup>314</sup> M. Prost, *Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective*, at <https://core.ac.uk/download/pdf/76978461.pdf> (2023 年 2 月 8 日访问)。

<sup>315</sup> Dugard et. al., “Sources of International Law”, pp. 28-29.

<sup>316</sup> D. Kennedy, “The Sources of International Law”, *AJIL*, vol 2 (1) (1987), pp. 1-96 at pp. 19-20.

<sup>317</sup> Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 495.

八条第一项全文的阅读表明第三十八条第一项前三款和包含辅助手段的第一项(卯)款之间有一条分界线。辅助手段指的是司法判例和国际法学家的学说,可能被认为但实际上并不意在从属于该条提到的其他渊源。它们被认为是实质渊源或文献渊源。<sup>318</sup> 它们与形式渊源一样,可以作为法官可以找到他们必须适用的规则的地方,就像在其他三项下一样,尽管从技术上来说,裁决只在特定案件中对争端当事方具有约束力。在后一种作用下,尽管缺乏正式的先例,但在依赖辅助手段时,这种手段被用来核实是否存在国际法规定的法律规则或对国有约束力的义务。<sup>319</sup>

195. 然而,关于第三十八条第一项所载清单的解释,文献中似乎有一些差异。一方面,假定该条载有一份国际法渊源的“全面”清单,意即(卯)款中提到的司法判例和最权威的国际法学家的学说可能构成与第三十八条第一项(子)至(寅)款中所列任何其他渊源具有同样地位的法律渊源。<sup>320</sup> 这一观点得到了 Jennings 的支持,他声称:“我认为第三十八条的措辞在原则上至关重要,并认为将确定法律规则的辅助手段视为法律的渊源没有很大困难,不仅仅是通过类比,而是以直接的方式。”<sup>321</sup>

196. 尽管第三十八条第一项的立场是只列出一个渊源清单,但前三个渊源通常被视为主要或形式渊源,而(卯)款所载渊源通常被描述为次要或辅助渊源。毕竟,“辅助”和“次要”在英语中是同义词。

197. 不过,另外一些人认为,在第三十八条第一项中列入“确定法律规则的辅助手段”表明,司法判例和学说根本不是法律渊源。James Crawford 支持这一观点,他认为,“司法判例严格来说不是正式的法律渊源,但在许多情况下,它们被视为法律的证据。一套前后一致的判例将对任何具体案件产生重要影响。不过,其价值仅限于普通法传统中所理解的先例”。<sup>322</sup> Dugard 等人也支持这一观点,他们写道,“司法判例……本身并不构成国际法规则,而只是确定国际法规则的一种方式”。<sup>323</sup> 这一论点大概也适用于其他辅助手段,即“最权威的公法学家的学说”,或许力度更大。

<sup>318</sup> Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, 490 (认为“仲裁和司法判例构成法律的实质渊源,没有人会对此提出异议……然而进一步的思考似乎表明,如果这些判例不能被归类为直接的形式法律渊源,那么将它们仅视作各种实质法律渊源之一也是不令人满意的。”)

<sup>319</sup> Fitzmaurice 在上文脚注所引文章中以国际法院《英国-挪威渔业案》为例用实践说明了这一点。

<sup>320</sup> A.Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *Eur. J. Int. Law*, vol. 24(2) pp. 649-661 at p. 652.

<sup>321</sup> R. Y. Jennings, “The Judiciary, International and National, and the Development of International Law”, *ICLQ, Quarterly*. Vol. 45(1) (1996) pp. 1-12 at pp. 3-4. 另见 M. Shahabuddeen, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, in Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.) *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 184-203 at p. 186.

<sup>322</sup> Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, p. 35.

<sup>323</sup> Dugard, et. al., “Sources of International Law”, p. 45.

198. 根据这一学派，第三十八条第一项建立了两个单独的清单，第一个((子)至(寅)款)是可从中提取国际法规则的形式渊源，第二个提供了识别和确定这些规则的手段。Schwarzenberger 支持这一观点，他认为第三十八条第一项“涉及两个不同的问题。(子)至(寅)款涉及国际法规则的谱系。(卯)款列举了确定所谓国际法规则的一些手段”。<sup>324</sup> 另一方面，Fitzmaurice 认为，第三十八条有一个“缺陷”，因为除其他外，它没有区分形式渊源和实质渊源，除一个例外情形之外，没有建立“任何优先适用制度”。<sup>325</sup> 他认为，(子)款和(丑)款中的条约和习惯旨在规定形式渊源，而(寅)款和(卯)款中的一般法律原则和司法判例是实质渊源。值得注意的是，这位作者不认为司法判例和学说处于同一水平。前者更为重要，因为在他看来，国际法院的判例至少是一种“准正式”的法律渊源。<sup>326</sup>

#### F. 辅助手段作为“造法程序”和“法律确定媒介”

199. 原则上，第三十八条第一项中的形式渊源没有等级之分。前三款为形式渊源。最后一款，即辅助手段，被称为重要渊源。无论如何限定，从第三十八条第一项的起草历史<sup>327</sup> 以及一些国际性法院和法庭的判例来看，所列渊源存在实际差异。《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条第 3 款规定，“特别法庭上诉分庭的法官应以前南斯拉夫问题和卢旺达问题国际法庭上诉分庭的判例为指导”，但塞拉利昂问题特别法庭强调，这一规定并不意味着前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的司法判例构成直接渊源。<sup>328</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在审理 Kupreškić 等人案时也表示：“本法庭具有国际性质，首要适用国际法原则，因此只能依据公认的国际法渊源，并在此框架内依据司法判例。司法判例应具有何种价值？审判分庭认为，司法判例只应用作‘确定法律原则的辅助手段’。显然，在国际刑事裁判中，司法先例不是确切的法律渊源”。<sup>329</sup>

200. 这两个类别/清单被归类为‘造法程序’，指第三十八条第一项(子)至(寅)款所载国际法形式渊源，以及“法律确定媒介”，指(卯)款所载确定国际法原则的辅助

<sup>324</sup> Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, p. 96-98.

<sup>325</sup> Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 494.

<sup>326</sup> 同上，第 495 页。

<sup>327</sup> 见 Godifridus.J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986)。

<sup>328</sup> 检察官诉 Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, 判决，案件号 SCSL-04-15-T, 塞拉利昂问题特别法庭，审判分庭，2009 年 3 月 2 日，第 295 页(‘联阵审判判决’)。关于塞拉利昂问题特别法庭判例贡献的评论，见 Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020)。

<sup>329</sup> 检察官诉 Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, 又名‘Vlado’, 判决，IT-95-16-T, 前南问题国际法庭审判分庭，2000 年 1 月 14 日，第 540 页(‘Kupreskic 等人审判判决’)，第 540 页。

手段。<sup>330</sup> Schwarzenberger 解释道, “[……]就造法程序而言, 重点在于创造任何具体国际法原则的形式, 就法律确定媒介而言, 重点在于如何核实所称原则”。<sup>331</sup>

201. 该观点可在第三十八条第一项(卯)款实际措辞中得到印证, 具体而言, 国际法院前法官 Shahabuddeen 认为, “确定法律原则”表明“可证, 确定的含义仅限于查明现有法律”。<sup>332</sup> 考虑到该规定的起草历史, “可有力地论证[……]‘确定法律原则’这一提法表明, 在设想中, 判例仅阐明现行法律, 而不创造新法律”。<sup>333</sup>

202. 依此办法, 法官不能创造国际法, 仅能阐明法律, 这可以说低估了司法判例对国际法的影响。<sup>334</sup> Van Hoof 告诫, 司法判例被归为“补助”, 但不能解读为司法判例不及其它渊源重要, 因为“鉴于司法判例的权威性和说服力, 司法判例的重要性有时可能高于其形式上的重要性”。<sup>335</sup> Rudolf Bernhardt 也告诫, 将司法判例归为辅助“低估了国际法院裁判在规范制定过程中的作用”。<sup>336</sup>

203. 就此, Shahabuddeen 在上文引述的著作中认为, 辅助手段、特别是司法判例的运作层次高于通常看起来的层次。这是因为, 首先, 国际法院和其他法院的判例可作为确定法律原则存在及其内容的材料。其次, 这一点很微妙, 借由在先前判例基础上确定法律原则, 司法判例(至少是国际法院本身的判例)可发挥更大作用: “通过新判例, 在先前判例基础上确定了一项法律原则, 则该新判例并非辅助手段; 它是国际法新原则的渊源; 它由国际法院单独作出。一旦在新判例中确定法律原则, 国际法院将在以后案件中适用该判例所确定法律原则。在该判例之外, 法律原则的存在可能并不明显。”<sup>337</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭第一任庭长 Antonio Cassese 表达了类似看法, 他认为在国际法背景下, 法官及其裁判具有更高重要性, 因为在他看来, “立法者通常完全无能为力。立法者往往不能作出裁判, 法官介入并代替立法者作出裁判”。<sup>338</sup>

204. 在《常设国际法院规约》和《国际法院规约》通过前, Oppenheim 的《国际法论》于 1905 年出版, 虽然《国际法论》仅认可条约和习惯是国际法的两个“全

<sup>330</sup> Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, pp. 96-98.

<sup>331</sup> 同上, 第 26-27 页。

<sup>332</sup> Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1996), p. 76.

<sup>333</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

<sup>334</sup> Shane Darcey, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge Univ. Press 2014), p. 21.

<sup>335</sup> Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p.170.另见 Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, p. 96-98 (指出“第三十八条第一项(卯)款中“补助资料”这一标签的实际意义不应被夸大”。)

<sup>336</sup> R. Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 205 (1887), p. 270.

<sup>337</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

<sup>338</sup> Robert Badinter & Stephen Breyer, *Judges in Contemporary Democracy*, (New York: NYU Press, 2004), p. 33.

部”渊源，但 Oppenheim 承认，司法判例和学术著作可“通过创造逐渐转变为习惯的用法，或促使国际大家庭成员缔结相关规定未来国际行为的法律原则的条约，影响国际法的发展。”<sup>339</sup> Oppenheim 提出，虽然司法判例不能创造国际法，但在发展国际法方面发挥着重要作用。<sup>340</sup> Shahabuddeen 正确地指出了该论点中的谬误：“如果法院判例不能创造法律，但能促进法律的发展，那么可以推定，发展最终会导致产生新法律；然而，在单一案件中这可能显得微不足道，但积少成多，判例会逐渐获得份量。如果说法院只能揭示现有法律与特定事实有关的真正含义，仅能在这一有限的意义上发展法律，这与现实不符[……]”。<sup>341</sup>

205. 第二个问题在有关文献中已得到广泛讨论，即辅助手段、特别是司法判例能否发展或塑造国际法。这提出了关于法官和司法判例在裁判中作用的话题，这一话题很有趣，但有时有些敏感。至少有三种清晰可辨的观点。首先，有些法学家认为司法判例可以创造法律，Fitzmaurice 则将法院判例是否是形式或准形式法律渊源的问题与法院判例是否“具有权威性和约束力”的问题联系起来。<sup>342</sup> 包括国家法院判例在内的司法判例在国际法院的一些案件中发挥了重要作用。下列判决就是例子：2002 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)、<sup>343</sup> 刚果诉法国、<sup>344</sup> 法国最高法院对卡扎菲案的判决和德国诉意大利案。<sup>345</sup> 同样，各国际性法院的司法裁决和判决实际上多次提到国家法院的裁决以及彼此的判例法，而且往往被视为对法律的解释，这些解释在形成某些法律体系的核心方面具有重要意义。<sup>346</sup>

206. 司法判例在确定国际法原则是否存在方面的重要性，可参照委员会的工作。其中包括本报告第五章所涉习惯国际法的识别、一般法律原则和一般国际法强制性规范(强行法)的识别。例如，在关于习惯国际法识别的结论 13 的评注中，委员会指出，虽然“‘辅助手段’”表明‘这类判例在阐明法律方面的辅助作用，而非其本身是国际法的渊源(如条约、习惯国际法和一般法律原则)[……]同时，使用这一用语‘并不意味着此类判例对习惯国际法的识别不重要’”。<sup>347</sup> 上述讨论证实，如秘书处备忘录所述，委员会甚至依靠国际法院的判决来制定实质性专题的国际法原则，包括国家责任条款。

<sup>339</sup> Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, (London: Longmans, Green and Co., 1905), p 24.

<sup>340</sup> Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, 9th ed (London: Longman, Green and Co., 1992), ch. I, p. 41.

<sup>341</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

<sup>342</sup> Fitzmaurice, 'Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law', p. 493.

<sup>343</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕证案(刚果诉比利时)，判决，《2000 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

<sup>344</sup> 法国的某些刑事诉讼(刚果诉法国)，2010 年 11 月 16 日命令中止。

<sup>345</sup> 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。

<sup>346</sup> Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, p. 28.

<sup>347</sup> 关于习惯国际法的识别的结论及评注，《2018 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 149 页。

207. Hersch Lauterpacht 指出，“许多司法立法行为实际上可在确定习惯国际法的名义下完成”。<sup>348</sup> 尽管这可能是真的，但不受约束的司法权威也可能引发担忧。在国际刑法方面，举一个具体的例子，Ilias Bantekas 严厉批评事实上将司法判例和学说作为国际法渊源的做法，他指出，“国际刑事法庭具有选择性和隐蔽性，在过去十年中使国际和国内法院的判例以及法学家意见基本成为国际法的主要渊源”。<sup>349</sup> 他批评“司法判例和法学家意见的地位过高”，并指出一些特设法庭判例法缺乏连贯一致的方法，他补充说，“对补充渊源的选择性以及使用补充渊源，以及补充渊源缓慢地升为主要渊源，令人担忧，甚至恐惧”。<sup>350</sup>

208. 总之，上文在与渊源相关的大量实践和文献的更广泛背景下讨论了辅助手段，旨在说明辅助手段的某些侧面及其与渊源的相互作用和关系尚不确定，没有定论。这种模糊不清的状态源于国际法渊源的概念。本章继续探讨了学术界试图区分形式渊源和实质渊源、主要渊源和次要渊源、法律渊源和义务渊源的讨论，并最终讨论了关于渊源的等级或缺乏等级的问题。在辅助手段这个子类别中，对司法判例和学说的重视程度是否存在差异，这个问题似关乎如何作出区分以使人们依赖最权威的渊源。考虑到上述背景，特别报告员第二次报告将需进一步探讨第三十八条第一项规定的辅助手段的地位和作用以及辅助手段与条约、国际习惯和一般法律原则之间的相互作用和关系。因此，思考秘书处备忘录中关于委员会本身在协助各国编纂和逐渐发展国际法的过程中如何使用辅助手段的评论意见将是有益的。只有在这一阶段才能得出确切结论。然而，显然司法判例的形式“辅助”地位，至少与实践中的其在发展和巩固国际法方面的基本作用和重要性不匹配。

---

<sup>348</sup> Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368.

<sup>349</sup> I. Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, *Int.Crim.Law Rev.*, vol 6 (2006), pp. 121-136 at p. 129.

<sup>350</sup> Bantekas, ‘Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law’, p. 132.

## 七

## 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的起草历史

209. 《国际法院规约》第三十八条被广泛视为国际法渊源的权威说明，是委员会关于本专题工作的实质基础，<sup>351</sup> 值得全文阐述。该条规定如下：

1. 法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

(子) 不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者；

(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；

(卯) 在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。(原文无着重标示)

2. 前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

210. 除第三十八条外，第五十九条也与此相关，该条与第一项(卯)款的限制性条款相对应，规定如下：

法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。

211. 详细分析上述条款，重点关注根据其上下文和目的及宗旨赋予这些术语的一般含义，在此之前，似宜首先仔细研究其起草历史。根据《维也纳条约法公约》第三十二条，可以使用补充解释资料。<sup>352</sup> 其中包括条约的筹备工作和缔结条约的背景。<sup>353</sup> 从准备工作材料中得出的解释可有助于确认拟赋予这些条文的含义。

212. 首先，有必要提出两个背景论据。第一，众所周知，但也许还是应该回顾一下，上述规定源自两项相互关联的文书，即《常设国际法院规约》和《国际法院规约》。后者以前者为基础，这一点无可争议。两者之间的联系不仅源于它们共同的法律框架，而且还源于后者延续了前者的工作，包括在法理方面。

<sup>351</sup> 事实上，如 Jennings 所说，“因此，可以从两个方面看第三十八条。国际法院本身必须适用该条，因为该条是管辖国际法院的《规约》的一部分；但该条也可被其他法庭普遍援引，因为一般惯例接受该条，所以现在可视之为国际法渊源的权威陈述。该条管辖国际法院，因为它在其《规约》中：它具有普遍指导意义，因为它已被视为对公认惯例的适当陈述”。见 R.Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 331。

<sup>352</sup> 《维也纳条约法公约》第三十二条规定，“为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：(a) 意义仍属不明或难解；或(b) 所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”；《维也纳条约法公约》(1969年5月23日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第331页。

<sup>353</sup> 同上。

213. 第二，从历史角度看，常设法院依据《国际联盟盟约》第十四条成立。<sup>354</sup> 国际法院从属但又独立于国际联盟，其目的是作为司法机关，解决当事方提交给它的国际性争端。这是对 1899年<sup>355</sup> 和 1907年<sup>356</sup> 公约设立的仲裁法院的补充。

《常设国际法院规约》一经通过，除其他外，在第三十八条中规定了法院应适用的法律。因此，要研究起草历史，就必须考虑设立常设法院前审议规约的各论坛。论坛主要涉及三个主要机构：第一，国际联盟理事会；第二，国际联盟大会，这两个机构都是国际联盟的机关，由常设秘书处提供支助；第三，根据国际联盟公约第十四条授权设立的特设法学家咨询委员会。<sup>357</sup>

#### A. 法学家咨询委员会起草常设国际法院规约(1920年)

214. 与条约、习惯法和一般法律原则等渊源不同，在法学家咨询委员会开始工作之前，似乎没有国家提议将辅助手段列为法律渊源。在这方面，即使在专家层面，最初的提案似乎也没有涉及司法判例和学说的作用。<sup>358</sup> 这些问题似乎无关主要任务，因此没有引起起草者的注意。在法学家咨询委员会一级，规约草案讨论的第一部分涉及法院的组织 and 结构。大约在 1920年7月1日第13次会议上，未来法庭的大致轮廓已经确定，委员会转而讨论新法院可以适用的法律。

215. 法学家咨询委员会主席 Descamps 男爵提出了以下规定：

法官对于国际争端，应依下列原则裁判之；法官将依下列顺序考虑原则：

- (子) 不论普通或特别国际协约，各国明白承认之原则者；
- (丑) 国际习惯，作为国家间惯例而经接受为法律者；
- (寅) 国际法原则为文明各国法律良知所承认者；
- (卯) 国际判例作为法律适用和发展之手段者。<sup>359</sup>

<sup>354</sup> 第十四条规定如下：“理事会应拟订设立常设国际法院的计划，并提交联盟成员国通过。法院有权审理和裁定当事方提交法院的任何国际性争端。法院也可就理事会或大会提交的任何争端或问题发表咨询意见。”；国际联盟，《国际联盟盟约》(1919年6月28日，巴黎)。

<sup>355</sup> 《关于陆战法规和惯例的海牙第二公约》(1899年7月29日，海牙)。

<sup>356</sup> 《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》(1907年10月18日，海牙)。

<sup>357</sup> 1920年2月，理事会在伦敦举行的第二次会议上决定任命一个委员会，根据《盟约》第十四条的规定，为设立常设国际法院拟订计划：“理事会应拟订设立常设国际法院的计划并提交联盟成员国通过。法院有权审理和裁定当事方提交法院的任何国际性争端。法院也可就理事会或大会提交的任何争端或问题发表咨询意见。任命了下列法律专家：Mineichiro Adatchi(日本)；Rafael Altamira(西班牙)；Clovis Bevilacqua(巴西)，后由 Raoul Fernandes 接替；Descamps 男爵(比利时)；Francis Hagerup(挪威)；Albert de Lapradelle(法国)；B.C. J. Loder(荷兰)；Phillimore 勋爵(联合王国)；Arturo Ricci-Busatti(意大利)和 Elihu Root(美国)。

<sup>358</sup> 另见 Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 21。

<sup>359</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第293和306页。

216. Descamp 主席提案中关于“国际协约”(即条约)和“国际习惯”(即习惯国际法)的内容似乎没有引起重大争议。<sup>360</sup> 法学家咨询委员会的美国成员 Elihu Root 先生宣布辩论开始,表示支持赋予法院适用公约和实在国际法中原则的权力。他对其他方面表示怀疑,而荷兰委员 Loder 先生不同意 Root 先生的观点,认为法院有职责发展法律,使普遍承认的习惯和原则“成熟”,并将其具体化为实在原则;即“确立国际判例”。<sup>361</sup> 咨询委员会的法国成员 de Lapradelle 教授认为,无需制定主席提议的条款,如需一项条款,他倾向于更简短的表述,只说“法院应依据法律、正义和公平作出判决”。<sup>362</sup>

217. 似乎更具争议并被当作“关键问题”的是“在条约法或国际习惯都没有规定原则的情况下,法官应适用何种法律(如有)”。<sup>363</sup> 这引发了关于一般法律原则的长期辩论,而就我们的目的而言,一般法律原则与“国际判例”的关系尤其重要。<sup>364</sup> 在早期阶段,没有提及学说或学术的作用,更遑论它们的辅助地位。后来,Descamps 提议将“观点具权威性的法学家的一致学说”列为法律渊源,这才把学说加了进去。<sup>365</sup> 他力求取得平衡,一方面同意法院并非立法者,同时不排除法院在公正和公平的基础上裁决。在同次会议上,挪威委员 Hagerup 先生回顾了有关先例,并指出有必要制定一项原则,以避免法院因缺乏原则而宣布自己无能为力(无法可依)的可能性。如斯堪的纳维亚提案所所示,他将接受法院诉诸衡平法,但前提是当事方同意。<sup>366</sup>

218. 在 1920 年 7 月 2 日的第 14 次会议上,<sup>367</sup> 起草人再次讨论了这个问题。Descamps 主席的发言谈到法院适用的法律,指出“法官解决提交给他的争端时必须遵循的原则至关重要”。<sup>368</sup> 关于国际判例法,他认为,“不允许法官利用现有国际判例法作为界定国际法的手段”将“剥夺法官最宝贵的资源之一”。<sup>369</sup> 他强调,

<sup>360</sup> 同上,第 295 页。

<sup>361</sup> 同上,第 294 页。

<sup>362</sup> 同上,第 295-96 页。

<sup>363</sup> A. Pellet, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice” in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), 第 677-792 页起,见第 828 页,以及 O. Spiermann, “The History of Article 38”, Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds) *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2017)。

<sup>364</sup> 《委员会议事录》,1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日,第 310-315 页。

<sup>365</sup> 同上,第 323 页。“在某特定案件中,有可能找到完全公正的解决方案,但仅因为没有明确的惯例或习惯出现,就对法官说:‘你必须采取这种做法,虽然有违公正’,这是绝对不可能的,也是令人不齿的。”

<sup>366</sup> 《委员会议事录》,1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日,第 296 页。

<sup>367</sup> 在 1920 年 6 月 30 日第 12 次会议上, Ricci-Busati 先生在讨论常设法院管辖权时指出,他们尚未讨论应适用的实体法问题。《委员会议事录》,1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日,第 270 页。

<sup>368</sup> 《委员会议事录》,1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日,第 322 页。

<sup>369</sup> 同上,第 322 页。

对他来说，剩下的唯一问题是“是否应在旨在防止任意裁决的条件中，增加客观正义，作为对其他正义的补充”。<sup>370</sup> 毕竟，客观正义至少对他来说是“法官自然适用的原则”。<sup>371</sup> 他强调说，与 Root 先生的观点相比，其观点不同之处在于允许法官“利用观点具权威性的法学家的一致学说”。<sup>372</sup> 他像 Kent 法官一样认为，“当绝大多数法学家都同意某项原则时，支持该原则的推定就变得强大起来，只有嘲弄正义的人才会否认这项原则”。<sup>373</sup>

219. 在 1920 年 7 月 3 日第 15 次会议上，关于国际法官应如何适用法律的辩论继续进行。鉴于在前几天的讨论中，一些成员持不同立场，努力的方向变成了如何达成妥协。法学家咨询委员会巴西(候补)代表 Raoul Fernandez 先生试图调和主席和 Root 先生的意见。他同意法官的任务不是立法；他认为，将法官拘囿于渊源，剥夺了他们在涉及国家间法律关系的诸多案件中伸张正义的可能性。他认为，国际法官同国家法官一样，可通过适用争端国法律传统以前未曾拒绝的原则，揭示潜在的原则。<sup>374</sup>

220. Root 先生和法学家咨询委员会英国代表 Phillimore 勋爵提交了一份备选草案，提及“法学家观点作为法律适用和发展之手段者”。<sup>375</sup> 其中值得注意的是，备选草案提出了最终成为第三十八条第一项的四分结构。Descamps 表示，就(寅)款而言，他可以接受鲁特先生提议的条款，就(卯)款而言，“法官必须仅作为辅助和补充手段使用司法判例和法学家一致学说的权威”。<sup>376</sup> 关键点是法官应首先适用国际法原则。在此基础上，法官可作为一个要素使用辅助手段，尽管只是在解释时使用的要素；这就将辅助手段置于与渊源相对的等级之中。

221. 意大利的 Ricci-Busatti 先生对该项目的实质内容并不担心。他同意 Root “在若干方面”的观点，“特别是关于最高法院不可能作为立法者”。<sup>377</sup> 但他确实对渊

<sup>370</sup> 同上，第 322-323 页。

<sup>371</sup> 同上，第 323 页。

<sup>372</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 323 页。

<sup>373</sup> 同上。

<sup>374</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 331 和 346 页。

<sup>375</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，附件 1，第 344 页。Root 先生提交的修正案文：

法院对于国际争端，应在上述规定之权限范围内，依下列原则解决之：法院将依下列顺序考虑原则：

(子) 不论普通或特别国际协议，争端各国明白承认之原则者；

(丑) 国际习惯，作为国家间惯例而经接受为法律者；

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；

(卯) 国际判例及法学家观点作为法律适用和发展之手段者。

<sup>376</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 332 页。

<sup>377</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 314 页。

源的先后顺序和提到的一些法律渊源表示关切。他认为，法官可同时考虑所提渊源。至于实际渊源，他对条约和习惯(分别在(子)和(丑)款中提及)没有异议，而对法律的一般原则((寅)款)，他在前一天已经表达了对其含义的理解，<sup>378</sup> 即“这不涉及创造不存在的原则的问题，而是适用一般原则，从而找到有关解决方案”，<sup>379</sup> 并对公平原则未被纳入表示遗憾。<sup>380</sup> 至于(卯)款，他“认为几乎无法就不存在普遍公认原则的问题找到一致学说”。<sup>381</sup> 此外，“他断然否认法学家观点可被视为法院适用的法律渊源”。<sup>382</sup> 他对 Root 先生会接受这样的案文感到惊讶，并提出了他更认可的备选案文供审议。<sup>383</sup>

222. de Lapradelle 教授虽然总体上支持草案，但对 Ricci-Busatti 提案的某些案文表示关切。例如，他认为提案中关于法院应‘尽可能’考虑司法判例的限定语不够准确。<sup>384</sup> 至于法学家，他们几乎从未就法律问题达成过一致意见。他认为 Root 提案(卯)款中的规定“磨灭了他们工作的重要性”。<sup>385</sup> 无论如何，他认为，“判例比学说更重要，因为法官在宣判时着眼于实际目的”。<sup>386</sup> 他认为，如果希望将学说列为渊源，无论如何应“限于案件所涉国家权威法学家之一致学说”。<sup>387</sup> 此外，“当然有必要进行分类：应依各学说重要性进行排布”。<sup>388</sup> 因此，应相当重视“国际法学会的决议”。在这方面，他建议既可以参考法学家个人著作，也可参考专家集体著作，但他认为可能必须更加重视集体著作。

223. Descamps 主席在答复时同意，主席可根据案件情况同时考虑各渊源。他就条约和习惯与一般原则的关系澄清了自己的立场，认为一般原则是一个填补空白的办法，以避免出现无法可依的情况，最后就司法判例和学说而言，他对 Ricci-Busatti “不

<sup>378</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第332页。

<sup>379</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第315页。

<sup>380</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第332页。

<sup>381</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第332页。

<sup>382</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第332页。

<sup>383</sup> 他的提案是对主席和 Phillimore 勋爵提案的修正，具体如下：

“法院对于陈诉各项争端，所适用原则源自下列渊源：

(子) 不论普通或特别国际协议，争端各国明白承认之构成原则者；

(丑) 国际习惯，作为争端各国通例之证明而经争端各国接受为法律者；

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者。

法院应考虑其对类似案件所作司法判决及各国最权威法学家之意见，作为适用和发展法律的手段。”

见附件4《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第351页。

<sup>384</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第314页。

<sup>385</sup> 同上，第336页。

<sup>386</sup> 同上。

<sup>387</sup> 同上。

<sup>388</sup> 同上。

接受学说作为解释的一个要素”感到惊讶。<sup>389</sup> Descamps 早些时候曾表示, (卯)款中的要素是“解释要素”。<sup>390</sup> 因为他认为, “这一要素只能是辅助性的; 法官只应作为补充使用, 以澄清国际法原则。学说和判例无疑不能创造法律; 但它们有助于确定存在的原则。法官应利用判例和学说, 但它们仅应起到解释说明作用”。<sup>391</sup>

224. 关于学说的重要性, Phillimore 勋爵指出, 学说“被公认为国际法渊源”。<sup>392</sup> 事实上, 在他看来, “毋庸赘言, 只有被广泛认可的法学家观点才在讨论范围之内。”<sup>393</sup> 但 Ricci-Busatti 对各国是否会“接受依据学说而不是依据其意愿或惯例制定的原则”表示怀疑。<sup>394</sup> 在后来对这一点的解释中, Ricci-Busatti 认为可以考虑“判例和学说”,<sup>395</sup> 但认为“将它们与实在法原则置于同等水平不可接受”。<sup>396</sup>

225. Descamps 主席在答复 De Lapradelle 提出的各种问题时, 对 De Lapradelle 不理解接受学说作为解释要素的价值感到遗憾。确实, 该要素“只能是辅助性的; 法官只应作为补充使用, 以澄清国际法原则”。<sup>397</sup> 对他而言, “学说和判例并不创造法律; 它们帮助确定存在的原则。他指出, “法官应利用判例和学说, 但它们仅应起到解释说明作用”。<sup>398</sup> 他强调, “法官使用本款所述要素的权利并不危险, 因为这样做只是为了解释说明和补充的目的”。<sup>399</sup>

226. 在就案文进行进一步辩论和谈判后, 对案文进行了修正, 删除了“一致”一词, 以解决 De Lapradelle 的关切。Descamps 和 Ricci-Busatti 之间的根本分歧没有得到最终解决。在 Descamps、De Lapradelle 和 Phillimore 进一步交换意见后, 商定对(卯)款重新措辞, 更新案文如下:

“司法判例及各国权威最高之公法学家学说”。<sup>400</sup>

不过, Ricci-Busatti 认为, 此案文应进一步修正。因此, 他表示倾向于采用较短的提法。他还对“依下列顺序”的提法表示异议, 因为就整个条款文本而言, 这个开头的短语是多余的, 而且暗含着等级关系。他认为, 该条

<sup>389</sup> 同上。

<sup>390</sup> 同上, 第 334 页。

<sup>391</sup> 同上, 第 336 页。

<sup>392</sup> 同上, 第 333 页。

<sup>393</sup> 同上。

<sup>394</sup> 同上, 第 333-334 页。

<sup>395</sup> 《委员会议事录》, 1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日, 第 334 页。

<sup>396</sup> 同上。

<sup>397</sup> 同上, 第 336 页。

<sup>398</sup> 同上。

<sup>399</sup> 同上, 第 337 页。

<sup>400</sup> 同上。

拟议措辞不应承认各渊源“可同时适用”，而且“每一渊源的性质”不同。<sup>401</sup> 总之，在提出案文建议后，其观点是，“判例和学说不能与其他渊源放在同一水平上，也不能以同样方式适用；但法官必须时刻念及判例和学说”。<sup>402</sup>

227. 经上述讨论，并考虑到辩论情况，一读暂时通过了经修正的 Root 提案，案文如下：

法院对于国际争端，应在上述规定之权限范围内，依下列原则解决之：  
法院将依下列顺序考虑原则：

- (子) 不论普通或特别国际协议，争端各国明白承认之原则者；
- (丑) 国际习惯，作为国家间惯例而经接受为法律者；
- (寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；
- (卯) 国际判例及法学家观点作为法律适用和发展之手段者。

在上述案文中插入了一个脚注，以反映辩论情况，并提供进一步解释。内容如下：

除涉及二读的最后草案外，案文暂时获得通过，并作了以下修改：

- a. 序言；改为：“适用以下法律原则”
- b. (卯)款；改为：“司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为”等。

228. Descamps 主席和 Phillimore 勋爵所提适用法律的提案后续版本经 Ricci-Busatti 先生修正后，将对一些措辞作出调整。这包括开头语和关于国际公约、国际习惯和一般法律原则的三款。最后一段没有编号，建议：

法院应考虑其对类似案件所作司法判决及各国最权威法学家之意见，作为适用和发展法律的手段。<sup>403</sup>

229. 委员会在 1920 年 7 月 19 日第 27 次会议上讨论了上述拟议修正案文。主席提议在当时的第三十一条中增加以下内容，在(卯)款中增加：“作为确定法律原则之补助资料者”。<sup>404</sup> 这项建议遭到反对。Phillimore 勋爵提出了一个很久后受

<sup>401</sup> 同上。

<sup>402</sup> 同上，第 338 页。

<sup>403</sup> 见附件 4《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 351 页：

“法院对于陈诉各项争端，所适用原则源自下列渊源：

- (子) 不论普通或特别国际协议，争端各国明白承认之构成原则者；
- (丑) 国际习惯，作为争端各国通例之证明而经争端各国接受为法律者；
- (寅) 一般法律原则为文明各国所承认者。”

<sup>404</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 584 页。

到质疑的立场，<sup>405</sup> “指出，司法判例陈述法律，而非创造法律”，<sup>406</sup> Ricci-Busatti 坚持他最初对上述条款原草案的反对意见。<sup>407</sup> De Lapradelle 反对就前三个渊源进行任何修正，并将删除(卯)款全部内容。他认为，法律、习惯和一般法律原则“不参照判例和学说就无法适用”。<sup>408</sup> 因此，他认为应删除这句话，并认为：“本条目下所指法律渊源无法明确界定”。<sup>409</sup> 他对(卯)款投了反对票。

230. 该条款已得到委员会多数成员支持，因此获得通过。但正如一位法学家指出，<sup>410</sup> 最终成果案文故意使用模棱两可的语言，不解决两阵营间实质分歧(Root 和 Phillimore; Descamps 和 Ricci-Busatti)。然而，考虑到最后通过的案文，其中提到辅助手段实际上可能表明，辅助手段不能被赋予渊源地位的立场最终被纳入第三十八条。<sup>411</sup>

231. 在 1920 年 7 月 21 日第 30 次会议上，Descamps 先生提及法文本，建议将“en ordre successif”替换为“successivement”。<sup>412</sup> 这一修正获得同意。关于(卯)款的实质内容，他提出一种折衷办法：

本法院应考虑司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。<sup>413</sup>

232. Ricci-Busatti 希望用“司法解释”取代“确定法律原则”。<sup>414</sup> 这项建议遭拒。Ricci-Busatti 对该条投反对票，现阶段该条内容如下：

第三十一条-法院应在第二十九条规定之管辖范围内，依下列顺序适用：

- (子) 不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者；
- (丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；
- (寅) 一般法律原则为文明各国所承认者；

<sup>405</sup> Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) pp. 587-602.

<sup>406</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 584 页。

<sup>407</sup> 同上。

<sup>408</sup> 同上。

<sup>409</sup> 同上。

<sup>410</sup> Michael Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136.

<sup>411</sup> Godifridus J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986), p 169-170.

<sup>412</sup> 见《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 620 页。

<sup>413</sup> 同上。

<sup>414</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 620 页。

(卯) 源自司法判例及各国权威最高之公法学家学说之法律原则,作为确定法律原则之补助资料者。

233. 1920年7月22日,在委员会即将结束对本条的讨论时,通过了重新编号的第三十五条。De Lapradelle 依旧表示关切。<sup>415</sup> 他认为,上文(寅)款应改为:“一般原则经司法判例及权威最高之公法学家学说阐释,为文明各国所承认者”。<sup>416</sup> 然而,他知道同事们并不认同他倾向的条款案文,因此与 Hagerup 一起投了弃权票。Ricci-Busatti 投票反对该条款。第三十五条获得通过。委员会通过的最后案文成为第三十八条,其中规定:

法院应在第三十四条规定之管辖范围内,依下列顺序适用:

.....

(卯) 司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。

234. 1920年7月24日,法学家咨询委员会通过了一份报告,其中载有提交国际联盟理事会的《常设国际法院规约》条款草案。几个国家提出了若干修正《常设国际法院规约》的建议。<sup>417</sup> 其中包括阿根廷。阿根廷的修正案提出了第三十八条的新案文。

235. 国际联盟第一届大会第三委员会的一个小组委员会拒绝了阿根廷提出的条款草案新案文,该小组委员会是理事会最终提交条款草案的机构。该提案除其他外,寻求“限制法院赋予司法判例先例性质的权力”。<sup>418</sup> 相反,小组委员会认为,“法院的重要任务之一是通过其判例促进国际法的发展”。<sup>419</sup>

236. 小组委员会提出了两项修改条款案文的建议。首先,它认为在开头没有必要保留“第三十四条规定之管辖范围内”等字以及“依下列顺序”等字。<sup>420</sup> 最后一项更具实质性的修正是增加了一项新条款,旨在给予法院更大的灵活性,允许法院在必要时并经当事方同意,根据公允及善良原则作出裁决。<sup>421</sup> 这成为目前

<sup>415</sup> 同上,第645页。

<sup>416</sup> 同上。

<sup>417</sup> 有关讨论,请参见 O. Spiermann and M. Fitzmaurice, “History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice” in Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds), *The Oxford Handbook of Sources of International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 179-202 at p. 190.

<sup>418</sup> 国际联盟,《关于国际联盟理事会根据<盟约>第十四条采取的行动和大会通过常设法院规约的文件》(1921年),第50页。

<sup>419</sup> 同上,第68页。

<sup>420</sup> 同上,第145页。

<sup>421</sup> 同上,第157页。

第三十八条第二项的起源：“前项规定不妨碍法院经当事国同意本‘公允及善良’原则裁判案件之权”。

237. 除这些修正案外，对草案第三十五条(在此过程中成为第三十八条)的改动并不重大，并作为建议提交国际联盟大会，大会最终通过了这些改动。《常设国际法院规约》于1920年12月16日开放供签署，到1921年9月大会下一届会议时，《规约》已得到大多数会员国的批准，从而生效。

## B. 法学家委员会的修正案(1929年)

238. 《常设国际法院规约》曾于1929年修订过一次。鉴于法院法官的重选将于1930年举行，法国代表在大会1928年届会上建议重新审查《法院规约》。根据大会1928年9月20日通过的一项决议，理事会于同年12月13日设立了一个法学家委员会，负责“就《法院规约》各项规定中似宜作出的修正提出报告”。<sup>422</sup>

239. 法学家委员会于1929年3月11至19日举行会议。特别是关于辅助手段方面，在1929年3月15日的讨论中，Cecil Hurst爵士“指出，法文本第三十五条第一项中没有与英文本中的“of the different nations”一词相对应的表述。<sup>423</sup> Dionisio Anzillott也对这种差异进行了反思。他指出，意大利文本中有一些词语与英文文本中的新增词语相对应。为解决这个问题，“委员会决定在法文本中插入“des diverses nations”<sup>424</sup>等字，以便使其与英文(和意大利文)文本在字面上保持一致。没有必要修正英文本。

240. 在对《常设国际法院规约》拟议修正案中提出的《法院规约》修订问题进行进一步辩论期间，有人指出，只有一项提案涉及修订第三十八条。委员会主席解释说，委员会：

“仅对第三十五条第四项提出非常轻微和纯粹形式上的修订。其中包括在法文本中恢复出现在英文本中的一些词语。在上述第三十八条第四项中，应在“la doctrine des publicistes les plus“qualifies”之后加上“des différentes nations”一词。第三十五条第四项的法文本将是如下：

“Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”。<sup>425</sup>

<sup>422</sup> 国际联盟常设国际法院规约法学家委员会，“1929年3月11至19日在日内瓦举行的会议记录”(C.166.M.66.1929)附件9，第110页，可查阅 [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_D/D\\_minutes\\_statut\\_PCIJ\\_11au19march\\_1929.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_minutes_statut_PCIJ_11au19march_1929.pdf)。

<sup>423</sup> 同上，第62页。

<sup>424</sup> 同上。

<sup>425</sup> 同上，第116页。

### C. 联合国会议(1945年)期间对第三十八条的少量补充

241. 第三十八条的下一步演变发生在谈判成立联合国和拟订《国际法院规约》的过程中,《国际法院规约》在很大程度上包含了《常设国际法院规约》。在第四委员会关于司法机构的讨论中,《常设国际法院规约》第三十八条基本上没有触及。第一委员会曾是负责拟订《国际法院规约》草案的第四委员会的一部分。在第一委员会内,法国的意见反映了普遍的看法,即“虽然第三十八条起草得不好,但在委员会所掌握的时间内,很难起草出更好的草案”。<sup>426</sup> 非正式盟国间委员会的一份来文也表达了同样的看法:“……虽然这一规定的措词可能受到批评,但在实践中行之有效,建议予以保留”。<sup>427</sup>

242. 有两个次要例外情况。智利代表团在 1945 年 5 月 12 日的提案中认为,有必要在其他理由中明确提到国际法的适用,因为这“将根据法院一再重申的判决及其形成的历史,更好地界定法院作为国际法机关的职能”。<sup>428</sup> 因此,智利提议起首部分的案文如下:

法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:……。

243. 委员会一致通过了对该提案略加修改的案文,删除了“任务”一词,代之以“职能”。<sup>429</sup> 正如第一委员会报告所解释的,“旧《规约》在这一点上的缺陷并不妨碍[常设国际法院]将自身视为一个国际法机关;但这一增加将突出新法院的这一特点”。<sup>430</sup> 这一修改是一种澄清,实际上弥补了司法实践中已经注意到的漏洞。事实上,在若干案件中,如德国在波兰上西里西亚的某些利益案情,常设国际法院是从“国际法和作为国际法机构的法院的立场”来处理的。<sup>431</sup> 在巴西贷款案中,同一法院自认为是“国际法法庭”。<sup>432</sup> 现行法院重申了这一思路,并在科孚海峡案情中认为自己有义务“确保尊重国际法,因为法院是国际法的机关”。<sup>433</sup>

244. 美洲也提出了有关修正第三十八条的第二项提案。回到法学家咨询委员会在 1920 年代明确提出的一个问题,哥伦比亚提出了第三十八条所列渊源顺序的问题,建议在第 1 款中加入“按先后顺序”一语。<sup>434</sup> 它受到的启发是,需要澄清法院的裁决将适当考虑到当事方的契约义务。事实上,哥伦比亚注意到,虽然 1920

<sup>426</sup> Pellet, “第 38 条,” 第 689 页。

<sup>427</sup> 联合国国际组织会议文件,第十四卷,第 435 页(1945 年)。

<sup>428</sup> 同上,第 493 页。

<sup>429</sup> 同上,第 285 页。

<sup>430</sup> 同上,第 392 页。

<sup>431</sup> 波兰上西里西亚的某些德国利益案(德国诉波兰),案情实质,《1926 年常设国际法院案例汇编》A 辑,第 7 号,第 19 页。

<sup>432</sup> 在法国签订的巴西联邦贷款的黄金支付案(法国诉巴西),案情实质,《常设国际法院案例汇编》A 辑,第 15 号,第 124 页。

<sup>433</sup> 科孚海峡案,案情实质,判决书,《1949 年国际法院案例汇编》,第 4 页起,见第 22 页。

<sup>434</sup> 联合国国际组织会议文件,第十三卷,第 287 页(1945 年)。

年曾提出过类似的提案，但法院当时的代表解释说，在援用第三十八条方面没有出现任何困难。这项提案最终被放弃了。哥伦比亚在其发言中同意，其修正案不会对该条的解释产生任何实质性改变，并深信新法院将象常设国际法院那样，最重视国家的契约约定。<sup>435</sup>

#### D. 特别报告员对第三十八条起草历史的意见

245. 总的来说，根据上述对《常设国际法院规约》第三十八条第一分项(卯)款(该条款大部分被《国际法院规约》沿用)的起草历史的讨论，可以提出以下四点初步意见供委员会审议。

246. 首先，关于第一分项(卯)款，起草历史对起草者的意图作了有益的说明。在这方面，历史确认，对于司法判例及各国权威最高之公法学家的学说作为确定国际法规则过程中的辅助手段的作用，从起草第三十八条之时起就存在不同的看法。法学家咨询委员会的不同成员对法官是否仅仅适用法律，还是在适用实在法的过程中允许他们澄清或发展甚至创造新的法律存在分歧。一些专家认为，发展法律的作用是不可避免的，在很大程度上也是司法职能所固有的。常设国际法院和国际法院的实践似乎证实了这一点。其他国际法院和法庭的实践似乎也证实了这一点。归根结底，在这一阵营的专家看来，国际法院法官与国家法院法官相比，不应处于不利地位。

247. 相反，正如一些专家的评论所反映的那样，鉴于国际法的立法空白和习惯法的缓慢形成过程，国际法官的发展法律职能甚至比国家法院法官更重要。所有法学家咨询委员会专家都特别关切的一个问题是，国际法院的法官会轻率地宣布法院无权裁决案件，因为他们无法找到可以适用的实在法规则，对此他们的看法似乎确实是一致的。宣布无法可依会破坏司法法庭的存在。这也会破坏和平解决争端，因此，如同在国家制度中一样，国际法官应尽最大努力避免这种情况，并在必要时借助可从辅助手段获得的指导，就其审理的问题作出裁决。在这方面，似乎有一些法学家咨询委员会成员认为，根据一般法律原则履行职能与确定国际法规则的辅助手段之间存在密切联系。

248. 第二，在学说方面，法学家咨询委员会成员显然首先认为，学术意见将有助于客观地确定哪些规则是存在的，哪些规则是各国在条约中或通过习惯国际法商定的或体现在一般法律原则中的。学术著作是辅助性的，因为这些著作可能从科学上为确定是否存在可适用于具体案件的法律规则提供依据。从这个意义上说，个别作者仅仅主张某种立场或原则并不一定证明它的存在。相反，一些作者个人或专家小组就某项原则或规则的存在达成的一致意见，可以作为推定该规则存在的依据，因为如果分析客观，而且作者的意见均衡一致，则该规则正确的可能性很大。在这方面，总的来说，专家机构的著作将具有更大的份量。推定的概念表明，学术观点在没有得到充分支持的情况下是可以反驳的。最后，在整个法学家咨询委员会一级以及最终在国际联盟一级，现已公认，司

<sup>435</sup> 见 Pellet, “第 38 条”, 第 690 页。

法判例和学说可以补充方式用于确定国际法规则的存在和内容。这一意见如今已反映在实践中，很难反驳。

249. 第三，关于一个经常遇到的问题，即司法判例的类别是否比学说的类别更重要，即使在今天，这种辩论在一些学术界也引起共鸣，法学家咨询委员会的辩论表明，曾经有这样一种观点，认为司法判例更重要。但这似乎是少数人的立场。法学家咨询委员会的其他大多数成员认为，至少在原则层面上，司法裁判和学说均有助于确定国际法规则是否存在。重要的是，实践证明，国际法院与国家法院一样，更愿意依赖司法判例，而不是学者的著作。这不足为奇，尽管这一主张也存在细微差别，例如，取决于具体法庭或正在审议的国际法领域。然而，这并不意味着学说的相关性或重要性较低。在特别报告员看来，正如稍后将解释并在今后的报告中酌情进一步阐述的那样，问题不在于司法判例或学说之间是否存在某种规范等级关系，而在于理解这两种明确提及的辅助手段实际上发挥第三十八条第一项(卯)款规定的相互补充的职能。两者在目标上是一致的，都是为了帮助国际法院确保有原则地解决实际的法律问题。

250. 第四，更广泛地谈及第三十八条第一项，法学家咨询委员会就应在多大程度上强调确立渊源适用的先后顺序进行了一些辩论。我们将在下文进一步讨论这一点。目前，只要指出以下一点就足够了：法学家咨询委员会的一些成员认为，就条约、习惯和一般法律原则而言，有必要用明确的措辞规定适用的先后顺序，以此作为指导(如果不是框定或控制)司法任务的一种方式，而另一些成员则认为他们经过系统研究的清单已暗示了这一点。法学家咨询委员会的一些专家还提出了一种更微妙的观点，认为3个渊源中的每一个渊源都可以同时适用，而且应该允许广泛的司法裁量权。事实上，至少有一位成员认为，审查适用法律的顺序等问题最好留给法官来决定。另一位成员认为，给法官留下更大手段空间的更广泛框架甚至更好。尽管如此，关于主要渊源，即使司法判例和学说被认为是相关的，但澄清它们是“辅助手段”或多或少有助于强调，与该术语相关的渊源是补充性的、辅助性的，或者不是主要的法律渊源，而是识别或用该条款的措辞来说“确定”适用的法律规则的手段。这一意见可能与那些主张辅助手段是实质渊源的人的观点一致。第九章将简要讨论将辅助手段作为实质渊源的涵义。

251. 在详细讨论了第三十八条、特别是第一分项(卯)款的历史演变之后，现在似乎有必要在下一章审查该条款的案文及其在常设国际刑事法院和国际法院的实践中是如何适用的。案文分析的目的是集中讨论这些术语的一般涵义。

## 八

## 有关《国际法院规约》第三十八条第一分项(卯)款要素的案文分析

## A. 第一项起首部分：“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用”

252. 《规约》第三十八条第一项规定，“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用……”。必须提出两点初步意见。第一，该起首部分载于《规约》第二章。该章本身由五条组成，涉及“法院的权限”，并谈到赋予“法院”<sup>436</sup>的主要职能。也就是说，“决定”<sup>437</sup>提交给法院的争端。这是其主要职能的关键方面。第一项还含蓄地强调诉讼管辖的重要性，这种管辖是基于必须提交争端的国家的同意，然后再就争端作出裁判。这说明法院没有解决国家间争端的一般权限，只有当事方同意将其争端提交司法解决的有限权限。与此相关的是，法院可以诉诸《规约》第三十八条第一项明确提到的渊源之外的途径，其中显然包括辅助手段，根据合理和公平(公允及善良)原则对争端作出裁判。第三十八条第二项所载的这项权力可能被错置于适用的法律而不是管辖规定<sup>438</sup>中，各国没有援引过，甚至可能成为一纸空文。<sup>439</sup>

253. 第二，这更多地涉及法院在裁判争端时必须采取的行动方式，即“依照国际法”行事。从表面上看，根据这一明确指示，可以认为法院不得依赖争端国的国内法<sup>440</sup>来解决其实质性争端。法院只能根据国际法这样做，因为国际法是规范有关国家之间关系的法律制度。尽管如此，实践表明，法院可以借鉴适用国际法甚至国内法的国家法院的司法判例，后者的情况就是如此，例如巴塞罗那电车

<sup>436</sup> 这项规定是针对整个“法院”的。整个机构都是以这种方式接受指导的，当然，个别法官以个人身份行事时，可能会以各种各样的方式对待司法判例和学说的运用。

<sup>437</sup> 《国际法院规约》，第三十八条，见 [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)。

<sup>438</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, vol. II (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2016), p. 593, 596 (除其他外认为，“该规定更多涉及法院的管辖权，而不是法院将适用的法律……”，并且“《规约》载有关于法院根据公允及善良原则裁决案件的权力的明文规定，这一事实在某种程度上可能削弱了法院裁决争端的一般能力。”)。

<sup>439</sup> 在法院中没有出现过根据公平和公益的权力来裁决案件的权力。然而，这种权力在其他法庭中被援引过，例如，在 1930 年代由仲裁员裁决的两个拉丁美洲边界争端中。见 A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 55。不妨指出，法院在若干案件中处理了这一权力以及第三十八条第二款和第一款之间的关系，最突出的是在西南非洲(第二阶段)[1966]6、48(第 89-90 段)、北海大陆架案[1969]3、48(第 88 段)；领土和海洋争端(尼加拉瓜诉洪都拉斯)[2007]659、741、748(第 271 和 294 段)以及边境争端(布基纳法索/马里)[1986]554、567(第 27-28 段)。

<sup>440</sup> 在这方面，可以区分对国家法律的依赖和对国家法院适用国际法的裁决的依赖。然而，这种区分最终并没有太大的意义，因为国家法院的裁决也可能是对国家法律的解释。关键是国家法院的裁决，特别是在处理国际法问题时，对国际法院和法庭也仍然是相关的。

公司案。<sup>441</sup> 即使对国际法院来说，国内法也可能仍然具有相关性，特别是当国内法可能是规范某些事项的基础时。无论如何，如上文所讨论的，这部分规定是根据智利的一项提案于 1945 年增列入《国际法院规约》的，该提案的目的是“根据法院重申的判例及其形成的历史，更好地界定法院作为国际法机关的职能”。<sup>442</sup>

254. 虽然注意到旧规约中没有这样的提法并不妨碍前身法院“自认为是一个国际法机关”，第一委员会还是加入了拟议案文，因为它认为增加拟议案文将“突出新法院作为国际法机关的性质”。<sup>443</sup> 鉴于需要发展司法解决争端办法作为解决国家间意见分歧的手段，这一焦点是可以理解的。但第一委员会还明确强调了法院在解决国家间争端诉讼方面的职能。

255. 不妨说明一下在实践中是如何援引这一规定的。前身法院和国际法院均在若干案件中援引了第三十八条。例如，在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)一案中，有人指出“第三十八条要求法院适用的国际法渊源”和“《规约》第三十八条列出的国际法渊源”。<sup>444</sup> 参照第三十八条与所出现的具体案例的相关方面相互作用。在大陆架(突尼斯/利比亚)案中，国际法院回顾，“法院在确定适用于划界的相关法律原则和规则时，当然必须考虑到《法院规约》第三十八条第一项规定的所有法律渊源，但根据该条第一项(子)款，法院也有义务适用《特别协定》的规定”。<sup>445</sup>

<sup>441</sup> 见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 38 和 50 段。法院裁定，在解决比利时和西班牙之间的这一争端时，在确定有关公司的法人人格时，国际法“不得不承认公司是各国在基本上属于其国内管辖范围内创立的一个机构。这就要求，凡出现国家如何对待公司和股东的权利的法律问题时，就必须参照有关的国内法规则，因为国际法没有就对这些权利确立自己的规则。因此，鉴于法人实体及其股东在国内法中的权利与本案相关，法院必须注意这些权利的性质和相互关系”。法院还在第 50 段中指出：“现在来审视该案涉及的国际法律问题，正如已经指出的是，法院必须从以下事实出发：本案基本上涉及源自国内法的因素，即公司与股东之间的区别和共性，当事各方无论其所作解释可能有多大差异，都将这一点作为论理的出发点。如果法院不顾及国内法的相关规定来裁决该案，就会毫无道理地招致严重的法律困难。它将脱离现实，因为国际法里没有法院可以诉诸的相应规定。国际法要参照的是国内法律体系普遍接受的规则，其中承认以股份体现其资本的有限公司，而不是参照某一特定国家的国内法。在参照这些规则时，法院不能修改，更不能歪曲这些规则”。

<sup>442</sup> 智利代表团对拟议国际法院规约第三十八条的意见，联合国国际组织会议 13 号文件，493、493(1945 年)。

<sup>443</sup> 见 Manley O. Hudson, “The Twenty-Fourth Year of the World Court”, *AJIL*, vol. 40 (1946), p. 1 at p. 35 (认为“在这一点上从来没有人表示过怀疑；事实上，常设法院经常自称是“国际法机关”或拥有适用国际法的任务授权，而并没有受到质疑”。他的主要专著基本上重申了同样的观点：见 Manley O Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942 – A Treatise* (New York: The Macmillan Company, 1943), p. 605, para. 545。

<sup>444</sup> 在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 起，见第 38 和 82 页。

<sup>445</sup> 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 页起，见 37 页。

256. 同样，在缅因湾案<sup>446</sup>中，法院的一个分庭确定，“法院在就此事进行推理时，显然必须首先参照《法院规约》第三十八条第一项。该分庭现阶段的推理是为了确定一般适用于海洋划界问题的国际法原则和规则，因此将参照两项公约(第38条第1款(a)项)和国际习惯(第1款(b)项)，法院或仲裁庭的司法判例(第1款(d)项)已对其定义作出重大贡献”。<sup>447</sup>

257. 最后，就从许多可能的例子中选择少数几个例子而言，在格陵兰与扬马延间区域海洋划界案(丹麦诉挪威)中，法院审查了“《法院规约》第三十八条所列的渊源，认定法院必须参照‘适用于渔区的法律’，对这些渊源加以考虑”。<sup>448</sup>

258. 尽管如此，第一项的起首部分据说低估了法院的另外两项职能。第一，第三十八条第一项低估了法院作为联合国主要司法机关应有机关和专门机构的请求提供咨询意见的重要职能。上文已经指出，第三十八条是《规约》关于法院权限一章的一部分，但没有提到法院的咨询管辖权。此外，《法院规约》中关于咨询意见的更具体一章没有明确提到第三十八条。

259. 但是，即使第三十八条第一项没有正式提到其咨询职能，<sup>449</sup>法院也“依照国际法”履行这一重要的咨询职能。几乎不可能有其他结果。因为法院在履行其司法职能时主要依赖国际法以外的一个法律体系是很奇怪的。事实上，在智利提出的修正案获得通过时，就出现了第三十八条第一项的后一项补充是否也适用于咨询意见的问题。审议工作提请注意《规约》的另一条款，该条款作为一个原则问题似乎解决了这一问题。<sup>450</sup>这是正确的法律立场，以下事实突出说明了这一表述：第六十八条明确规定，“法院执行关于咨询意见之职务时，并应参照本规约关于诉讼案件各条款之规定，但以法院认为该项条款可以适用之范围为限”(原文无着重标示)。<sup>451</sup>

<sup>446</sup> 缅因湾区域海洋边界划界(加拿大诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1984年国际法院案例汇编》，第246页。

<sup>447</sup> 缅因湾区域海洋边界划界(加拿大诉美利坚合众国)，案情实质，判决书，《1984年国际法院案例汇编》，第246页起，见第290-91页。

<sup>448</sup> 格陵兰与扬马延间区域海洋划界案(丹麦诉挪威)，案情实质，判决书，《1993年国际法院案例汇编》，第38页起，见第61页，第52段。

<sup>449</sup> 参见 M. Bennouna 所作深思熟虑的分析，“The Advisory Function of the International Court of Justice in the Light of Recent Developments”，in M. Cherif Bassiouni, Gomula Joanna, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas, Anna Vigorito (eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence: Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo* (Oxford: Oxford University Press, 2013)。

<sup>450</sup> 委员会第19次会议IV/1，1945年6月6日，联合国国际组织会议13号文件，第279页起，见第285页(1945)。见 Alain Pellet ‘Article 38’ in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, and C. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp. 853-854 and 868-870。

<sup>451</sup> 《国际法院规约》，第六十八条，见 [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)。

260. 第二，虽然这可能证明是一个敏感问题，因此值得谨慎行事，但一些作者认为，第三十八条第一项也“忽视了重要的隐含或派生职能，如法院通过其立法或当然通过其确定法律的作用对国际法的发展作出贡献”。<sup>452</sup> 如前一章所述，这个问题已经在法学家咨询委员会一级进行了辩论。尽管法院没有“发展国际法的正式任务，但法院对国际法的发展产生了巨大的影响”，“国际律师认为理所当然的任何规则都是从法院的判例中产生或演变而来的”。<sup>453</sup>

261. 关于指示法院“应适用”司法判例和学说作为确定法律规则的辅助手段的提法，有人提出这样的问题：“应适用”一词的用意是只适用于(a)至(c)分款中的渊源，还是也包括(d)分款中的辅助手段。可以而且已经提出的论点是，“应适用”一词只涉及前者，而不涉及后者。Shahabuddeen 法官以学术身份撰文指出，法院在裁决提交给它的争端时，可以直接适用条约、习惯和一般法律原则——只需要在一般法律原则方面作出可能的限定。<sup>454</sup> 另一方面，法院不能“适用”司法判例及各国权威最高之公法学家学说，因为这些判例和学说意在“作为确定法律原则之补助资料者”。<sup>455</sup> 的确，这是一个细微的区别，争端必须“在适用法律规则时，而不是在适用确定法律规则的辅助手段时得到解决”。<sup>456</sup>

262. 按照条约解释的一般规则对案文进行解读可能表明，“应适用”也可涵盖(d)分款范围内的内容。如果这一论点是正确的，那么另一个问题就是，对于明确称为“辅助手段”的后者，案文是否规定法院对“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”必须或强制进行协商。根据案文的解读，很难看出法院据说是如何被要求适用学说的。事实上，在实践中，学术研究更有可能证实在评估条约、习惯国际法或一般法律原则中是否存在某项规则之后得出的结果。

263. 在这方面已有不同的观点。Jennings 和 Lauterpacht 似乎都建议法院必须参考最著名的公法学家的著作。但正如 Helmersen 等人所指出的，法院不一定引用学说的做法并不意味着它可以不参考这些著作，但又不予以引用。<sup>457</sup> 如果后一种解读是正确的，那么从这个角度看，第三十八条的起草似乎有冲突。这是因为

<sup>452</sup> Pellet 和 Müller, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice” in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), pp.677-792 at p. 837.

<sup>453</sup> D Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law” in Carlos Espositoand and Kate Parlett (eds) *The Cambridge companion to the International Court of Justice* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2023), pp. 68-85 at p. 68, 84.

<sup>454</sup> Moisés Montiel Mogollón, “The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine”, *Mich J. Int'l L.* (2022), p.301 at p. 339.

<sup>455</sup> Mogollón, “The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine”, p. 339.

<sup>456</sup> 见 T. Treves, “Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals” in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Legitimacy in international law* (Berlin: Springer, 2008), pp 169-188; M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings” in Mohammed Bedjaoui (ed) *International Law: Achievements and Prospects* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishing, 1991), pp. 283-287 at p.285.

<sup>457</sup> Helmersen *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

《规约》指示法院适用司法判例和公法学家的学说来确定国际法规则，同时仅将其作为确定法律规则的辅助手段。<sup>458</sup>

264. 换句话说，严格地说，辅助手段类别并不包括法院适用的要素。相反，辅助手段有助于法院查明第三十八条第一项(子)至(寅)款列举的渊源。<sup>459</sup> 这就是为什么有些人认为它们是实质渊源。尽管如此，另有人提出不同的解读，他们建议必须根据起首部分来解读(卯)分款。起首部分要求法院在所有案件中根据国际法裁决争端，这意味着法院必须按其根据司法判例确定的法律规则作出裁决，作为确定这些规则的辅助手段。<sup>460</sup>

265. 总之，第一项是对法院的一项指示，即在根据国际法解决争端时，法院必须适用(子)至(寅)款所列的渊源，在这样做的过程中，法院可以考虑将涉及司法判例和学术著作的(卯)款作为确定规则的辅助手段。

## B. “司法判例”一词的含义

266. 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款要求国际法院“在第五十九条规定之下”，“司法判例……作为确定法律原则之补助资料者”。《联合国宪章》(第十四章)、《规约》或国际法院的次要文件，例如《法院规则》或《程序指示》，均未载有“司法判例”一词的任何定义。虽然这可能意味着该词的含义显而易见，这是一种可能性，但探讨“司法判例”一词的含义问题可能仍然有所裨益。除了显而易见的要素外，还有“司法判例”一词所涉范围问题，范围问题涉及几个相关问题，可能需要委员会进一步审查。

267. 现阶段，我们可以强调三个明显的关切问题。首先，这个词是否涵盖了国际法院本身的判决。其次，这个词是否涵盖了仲裁法庭的咨询意见、仲裁裁决或判决。第三，也是最后一点，这个词是否涵盖了国家或市级法院的判决。这些问题将在下文进一步讨论。我们首先看一下关键术语的一般含义，先分开看，再合起来看。

268. “司法”(judicial)和“判例”(decisions)这两个词都有很多一般含义。让我们看看与本报告最相关的那些含义。根据《牛津英语大辞典》，“司法”系指“属于或关于法院诉讼程序的、属于或关于法官在这种诉讼程序中的职能的，或属于或关于司法行政的；由法庭判决产生的或由法庭判决确定的；在法庭上说过或做过的，因此被视为有效或可受理的”。<sup>461</sup>

<sup>458</sup> P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, Br. Yearb. Int. Law, vol. 45 (1971), pp. 79-135 at p. 118.

<sup>459</sup> P. Tomka, “Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet” in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39-42 at p. 40.

<sup>460</sup> Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 80.

<sup>461</sup> “Judicial” 《牛津英语大辞典》(2013年第3版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。Judicial: “Senses relating to the administration of justice, or to the exercise of judgment generally.”

269. “司法”一词的第二层含义是：属于、关于法官或合乎法官身份的。进一步的含义包括：“一个人、一群人或一个机构：具有判决职能；被授予审判案件的权力；“判决，裁决或裁断”；“法律判决；法律上作出的裁决或判决”；“对某事作出判断或裁决；形成或表达判决意见；倾向于作出裁决；与裁决有关的；评判的”。

270. 根据同一词典，“判例”一词的意思是“决定或结束一场竞赛、争议等的行动、事实或过程；对有争议的事情的判决；和解，决议。另一个相关的含义是：“对审议中的事项得出结论的行动、事实或过程；下定决心的行为或事实，如观点、行动方针等；这方面的一个例子。”<sup>462</sup> 最后一个相关的含义是“这一行动或过程的结果；已经决定的事情；结论、判决、决议；选择。”<sup>463</sup>

271. 英文“decision”（判例）一词在英文《国际法院规约》中出现了14次。意思基本等同于“国际法院作出的判决”。<sup>464</sup> 联合国所有会员国事实上都是国际法院的缔约国，每个会员国在签署《联合国宪章》时，都承诺遵守国际法院就其作为当事方的任何案件的“判决”。这就是《规约》中关于英文“decision”含义的全部内容。但这种解读符合上文讨论的字典中的一般含义。

272. 相关的英文“judgement”（判决）一词在英文《规约》中出现了19次。判决主要提到了法庭面前的许多程序步骤。在这方面，规定在听讯结束后，分庭退席“审议判决”<sup>465</sup>（第五十四条第二项），判决可以本法院的正式语文英文或法文发出（第三十九条），“判词应叙明理由”（第五十六条）；“法院之判决系属确定，不得上诉。”<sup>466</sup> 判词之意义或范围发生争端时，在不损害当事方的情况下，法院“应予解释”<sup>467</sup>（第六十条）或复核（第六十一条）。<sup>468</sup>

273. 将这两个词合起来看，对“司法判例”一词的理解应该是指法院或一个人民团体或一个机构作为裁定或结束争议或解决问题的一部分而作出的判决、决定或裁定，从某种程度上讲这是显而易见的。虽然在正常情况下，这种判决，特别是司法判决，将由法院作出，但似乎也可以由另一类适当机构作出。因此，特别报告员认为，广义的“判决”一词可以包括临时或常设仲裁小组作出的裁决。广义的“判决”一词还可以包括诸如世界贸易组织争端解决机构做出的裁决。<sup>469</sup> 至

<sup>462</sup> “Decision”《牛津英语大辞典》（2013年第3版）。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。

<sup>463</sup> 同上。

<sup>464</sup> 将《国际法院规约》（[www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)）与《牛津英语大辞典》（2013年第3版）（可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)）中“Judicial”一词作比较。

<sup>465</sup> 《国际法院规约》，第五十四条第二项，见 [www.ijc-cij.org/en/statute](http://www.ijc-cij.org/en/statute)。

<sup>466</sup> 《国际法院规约》，第三十九、五十六、六十条。

<sup>467</sup> 同上，第六十条。

<sup>468</sup> 同上，第六十条。

<sup>469</sup> 若想了解国际经济法对“判决”（decisions）一词解释的早期分析，特别是与1994年关贸总协定下的世界贸易组织争端解决制度（上诉机构将其比作《国际法院规约》第三十八条第一项（卯款）有关的内容，见 David Palmeter and Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law” *AJIL*, vol. 92 (1998), p. 398。最近在世贸背景下对先例问题的处理可查阅 Niccolo Ridi, “Rule of Precedent and Rules on Precedent” in Eric De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp. 354-400.

少，也可将这类裁决视为准司法判决，也可以包括与人权事务委员会等条约机构的个人申诉程序有关的裁决。上述理解大体上符合国际法委员会在其他相关专题中对这些问题的立场。

274. 还有两个关切问题值得进一步考虑。首先，“司法判例”一词是否涵盖了国际法院本身的判例。第三十八条第一项(卯)款开头语的限定词“在第五十九条规定之下”，<sup>470</sup> 意味着国际法院的有关判例必须是国际法院以前的判决，按照解释，法院以前的判决也包括其前身常设国际法院作出的判决。这一正式立场确认，国际法院的判例原则上应该只是在当事方之间具有约束力，而且即使是在当事方之间，也只对有关案件具有约束力。“判决”是一个狭义的技术术语，而且不一定与支持判决的理由相同，是受到第五十九条限定词限制的判决。

275. 今后的报告将进一步审议第五十九条和第三十八条之间的相互作用问题。目前，由于第三十八条第一项(卯)款没有明确限定司法判例的含义，因此，从对司法判例类别的广义解释就足以得出结论，司法判例包括国际法院本身的判决。这一点得到了 Dire Tladi 的支持，他指出，“毫无疑问，‘司法判例’一词包括国际法院的判决……”。<sup>471</sup> 的确，用一些作者的话说，提及第五十九条“显然鼓励国际法院考虑自己的判例法，将其作为确定适用于特定案件的法律规则的一种特许手段”。<sup>472</sup> 作为一个法院，无论在《规约》中的正式地位如何，逻辑、一致性、可预测性和法律稳定性等原因都要求国际法院作为一个法院遵循其过去的判例。其他国际司法机构的情况可能也是如此。国际法许多领域的做法证实了这一点。相反，遵循以往判例显然导致了一种违反直觉的现象，即裁决者如此依赖先前的判决，以至于有时甚至无法正确解释特定的条约案文。<sup>473</sup>

276. 其次，从一开始，法学家就辩论“司法判例”一词是否包括咨询意见。咨询意见，如其通常措辞所示，是对法律问题的司法意见。<sup>474</sup> 各种国际性法院和法庭，包括区域法院，都有发表咨询意见的权限。<sup>475</sup> 但就本报告的目的而言，其中最主要和最相关的法院是国际法院，《联合国宪章》第九十六条明确赋予了国际法院这一权力，该条规定，大会和安全理事会“对于任何法律问题得请[国际法院]

<sup>470</sup> 同上，第三十八条第一项(卯)款。

<sup>471</sup> Tladi, *The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law*, p. 70。

<sup>472</sup> Pellet, “Article 38”, p. 855。

<sup>473</sup> 在此方面，见 Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (Oxford: Oxford University Press, 2022) (指出“讨论判例如何使旧判例法成为解释新条约的依据，从而为逆转新一代条约的创新创造最后的手段”；解释说，“法庭遵循以往判例的倾向、倾向于援引过去裁决的机构性激励、无效的控制以及判例法的自我强化，使得判例在投资人与国家间争端的解决中具有粘性”)。

<sup>474</sup> “咨询意见”。《牛津英语大辞典》(2011年第3版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。“Compounds: *advisory opinion*: n. Law (originally U.S.) a non-binding statement on a point of law given by a court before a case is tried or with regard to a hypothetical issue or situation.”

<sup>475</sup> “An advisory opinion, like a judgment, states the law on the basis of the facts as made available to the Court at the time of the decision.” 见 S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, (Leyden, A.W. Sijthoff, 1965), p. 310。

发表咨询意见”。<sup>476</sup> 但是，这项权力不是仅限于大会或安理会使用，因为大会也可授权联合国其他机关和专门机构“对于其工作范围内之任何法律问题”请求国际法院发表咨询意见。<sup>477</sup> 然而，作为一个原则问题，咨询意见不属于《联合国宪章》第九十四条第一项所述国际法院“判决”的范围。<sup>478</sup>

277. Lauterpacht 指出，第三十八条第一项(卯)款提及“判例”时似乎无意中排除了咨询意见。<sup>479</sup> 这一论点可以从《国际刑事法院规约》的起草历史中得到论证，尽管法学家咨询委员会最初起草时曾考虑过这种咨询意见职能，但在起草过程中，在国际联盟层面曾正式拒绝制订这样的条款。正是通过法院规则获得采纳，咨询职能才最终重被考虑，最终被正式列入《国际法院规约》。这一点的另一个佐证是，最终写入第三十八条第一项关于第五十九条的限定语被写入《规约》时，国际法院的前身法院仅被赋予了诉讼管辖权。另一方面，在起草第三十八条第四项时，在专家层面，该项包括咨询意见。无论是哪种情况，也许最重要的一点是，虽然原则上咨询意见只是咨询性的，对征求咨询意见的机关没有约束力，但国际法院在实践中以同样的方法处理咨询意见及其他事项。因此，“咨询意见如同诉讼程序中作出的判决，是具有权威性的法律声明”。<sup>480</sup>

278. 国际法院的咨询意见作用值得特别关注。关于咨询意见的“效力”，长期以来各方一直在进行辩论，这也可能使咨询意见具有了《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述的特殊性质。<sup>481</sup> 如案文所述，国际法院的咨询意见同其他国际性法院的咨询意见一样，不具有约束力。这意味着，要求出具咨询意见的联合国机关和咨询意见中裁断所影响的国家都没有遵守咨询意见的义务。正如 Robert Jennings 所说：“建议只是建议，不是国际法院有约束力的判决。”<sup>482</sup> 尽管如此，但也得承认，在全面陈述过程结束时提出的咨询意见是以与国际法院在诉讼案件中所作判决同样严谨的方式拟订的。国际法院作为联合国主要司法机关的地位使人对国际法院咨询意见的“先例价值”提出了疑问，因为这些咨询意见虽不具有约束力，却可能会影响到各国的法律事务。

<sup>476</sup> 《联合国宪章》第九十六条(a)项，见 <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-14>。

<sup>477</sup> 《联合国宪章》，同上，第九十六条(b)项。

<sup>478</sup> 同上，第九十四条第一项。

<sup>479</sup> H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. 10 (1929), p. 65 at p. 65。

<sup>480</sup> Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, p. 185。

<sup>481</sup> 例如见，Pierre D'Argent, “Advisory Opinions,” Article 65 of the Statute of the International Court of Justice in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), paras 48-51。

<sup>482</sup> R.Y. Jennings, “Advisory Opinions of the International Court of Justice” in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruylant, 1998) p.531 at p. 532。

279. 在毛里求斯和马尔代夫在印度洋海洋边界划界争端案的最近判决中,<sup>483</sup> 国际海洋法法庭的一个特别分庭赋予了国际法院查戈斯咨询意见“法律效力”。<sup>484</sup> 理由是,虽然个人意见不像诉讼案件判决的主文那样对任何国家具有法律约束力,但这些意见也是在精心拟订的程序中起草的,与国际法院的任何判决一样严谨。<sup>485</sup> 这使国际法院的咨询意见具有特别的说服力,被学术界广泛接受。<sup>486</sup> 因此,“从实证主义的角度来看,国际法院澄清的法律问题就是‘法律’,“完全成为了国际法院判例的一部分”。<sup>487</sup> 根据这些见解,该特别分庭认为国际法院查戈斯案咨询意见的部分内容在毛里求斯诉马尔代夫案中构成事实上的先例。<sup>488</sup> 这一观点与咨询意见在技术上不具约束力的性质、在《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款具有附属性质以及国际法中正式缺乏先例的情况相冲突。

280. 从上文对“司法判例”一词的一般含义的讨论以及国际法院实践中的具体含义来看,国际法院的判决和裁定在法律性质上显然大体相似。因此,司法判例具有相当的分量。<sup>489</sup> 因此,司法判例不仅包括法院作出的最后判决,而且还包括咨询意见以及作为诉讼初期附带或中间事宜的一部分发布的任何指示。其中指示包括(至少自 *La Grand* 案以来)国际法院发布的临时措施指示。上述解读符合国际法委员会在习惯国际法识别专题中的立场,即委员会在关于辅助手段的结论 13 的评注中解释说,“判决”一词包括裁决和咨询意见以及关于程序事项和中间事宜的指示。<sup>490</sup> 秘书处备忘录(见本报告第五章)进一步解释了这一点以及其他相关事项。

<sup>483</sup> 毛里求斯和马尔代夫在印度洋海洋边界划界争端案(毛里求斯诉马尔代夫案)(初步反对意见)(国际海洋法法庭,案件编号 28,2021 年 1 月 28 日)(“印度洋海洋划界案”)。

<sup>484</sup> 1965 年查戈斯群岛从毛里求斯分裂的法律后果,咨询意见,2019 年《国际法院案例汇编》,第 95 页。

<sup>485</sup> Karin Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions?” *Ger. Law J.*, vol. 12 (5) (2011), p. 1033 at 1046.

<sup>486</sup> D’Argent, “Article 65”, p. 1808.

<sup>487</sup> Oellers-Frahm 认为咨询意见是对法院认为的整个法律的“普遍的司法陈述”,见 Oellers-Frahm, “Lawmaking Through Advisory Opinions?”, p. 1053.

<sup>488</sup> 为便于讨论,见 Fabian Simon Eichberger, “The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case - Judgment on Preliminary Objections”, *Melb. J. Int’l L.*, vol. 22 (2) (2021), p. 383, pp.396-400.

<sup>489</sup> Manley O. Hudson, “Advisory Opinions of National and International Courts” *Harv. L. Rev.*, vol. 37(8) (1924), pp. 970-1001 (“It is true that such opinions do not call for action as a judgment of the Court calls for action. But they do constitute a formulation of law and opinion which carries with it great moral authority. And to this extent it would seem that they have some binding force.”); later on “Under these circumstances, it is difficult to see what the advisory opinions of the PCIJ lack to give them the quality of “juridicality” in a full sense of that term.”

<sup>490</sup> 《2018 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 4 页。

281. 上述讨论涉及国际法院或作为合议机构行事的分庭的判决。<sup>491</sup> 不适用于个别意见。<sup>492</sup> 个别意见由法官个人提出。这些意见可能是同意或反对，甚至可能是部分同意和部分反对。这些意见也可以是声明。<sup>493</sup> 这种意见“不构成国际法院判决的一部分；无论这些意见内在的实质如何，只有国际法院的判决才具有法律效力”。<sup>494</sup> 关于这些意见以及声明、或者是对国际法院指示的个别意见或反对意见，应当强调的是，这些意见发挥了有益的作用，因为它们可以澄清判决的依据，或提供补充理由，甚至可以处理当事方或有关法院或法庭的判决提出的问题。正如国际法院本身在一份非正式文件中所解释的那样：

“[国际法院]判决和单个法官附加的任何同意或不同意的个别意见之间存在着不能分解的关系。允许提出个别意见的法定机制……使法官有机会解释自己的投票。国际法院审理的案件通常都很复杂，有时会把这些案件的执行部分分成数个相互关联的问题，然后就每个问题进行表决，仅知道法官投票赞成或反对会引起错误的猜想，而法官有加附意见的法定权利则可防止或消除这种误解……附加意见不仅可以阐明或质疑判决，而且由于判决本身最终也参考了附加意见，因此脱离了附加意见就无法充分了解所作判决的推理过程”。<sup>495</sup>

282. 尽管如此，但由于这些意见是法官的个人意见，因此仅为所提意见法官的意见，而非整个法庭或法院的意见。这意味着需要谨慎行事。由于这些意见反映的是单个法官的具体意见，在某些情况下，还进一步触及了整个法院或法庭没有讨论或涉及的问题。与此同时，个人司法意见往往有助于解释判决本身可能没有解释的内容。从这个意义上讲，个人司法意见有些等同于教义。

283. 上文提到的第三个关切问题是，第三十八条第(一)项(卯)款所述确定法律规则的辅助手段是否也涵盖国家法院或市级法院的判决，这并不是什么新问题。为明确起见，这里提到的国家法院(相对于国际性法院和国际性法庭而言)是指可能在通常以国内法为基础的国内法律体系内运作的法院或法庭，包括具有混合属事管辖权和组成的所谓“混合”法院。<sup>496</sup> 关于国家法院的司法判决是否属于该条

<sup>491</sup> 《国际法院规则》第九十五条(“判决应载明判决是由国际法院或由分庭作出，并且包括：参加判决的法官的姓名以及“构成多数的法官的人数和姓名”)。不妨指出，其中一些要求，例如列出法官姓名和人数，反映了1978年对法院规则所作的修改。

<sup>492</sup> 《国际法院规约》第五十七条规定“判词如全部或一部份不能代表法官一致之意见时，任何法官得另行宣告其个别意见。”

<sup>493</sup> 同上，第九十五条第二项规定，“任何法官”不论是否同意多数意见，得将其个人意见附于判决之中；愿意将其同意或不同意记录在案而又不陈述其理由的法官，得以声明的方式作表示。本款也适用于国际法院发出的命令。”

<sup>494</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 192。

<sup>495</sup> 见联合国大会，第四十一届会议，议程项目110和114，1986-1987两年期方案预算，联合检查组，《国际法院出版物，秘书长的说明，增编，国际法院的意见，1986年12月5日》，联合国文件A/41/591/Add.1，1986年12月5日，附件二。

<sup>496</sup> 国际法委员会在论及习惯国际法的识别专题时，提出了“国际性法院和法庭”和“混合”法院等术语的工作定义，可以为本报告的目的将此作为一个方便的起点。

款的范围，人们可能认为这个问题现已得到解决，可以说，关于这个问题的看法分为三个阵营。第一个阵营的人认为所提及的判例包括国内法院的判决。<sup>497</sup> 第二个阵营的人认为国内法院的判决不属于第三十八条第一项(卯)款的范畴。<sup>498</sup> 最后，还有一些人认为，最好将国家法院的判决视为是国家实践的构成要素，或者也许可以视为是实践证据和法律确信的交汇点。<sup>499</sup> 后一种观点似乎过于狭隘。

284. 然后再看看国家法院司法判例的作用：就本报告的目的而言，出于以下三个令人信服的理由，我们似乎没有必要对这一问题进行冗长的讨论。首先，纯粹作为一个案文问题，第三十八条第一项(卯)款没有任何内容表明要对“司法判例”一词进行限定，将该词只限于国际性法院和法庭的判决。事实上，包括国际法院在内的国际性法院的做法使这一问题没有任何争议。

285. 第二，虽然“国际判例”的措辞可能具有启发性，但在该条款的起草过程中，没有任何内容确认打算以排除国家法院判决的方式来限定司法判例。事实上，正如 Lauterpacht 在近一个世纪前的 1929 年所写的那样，“几乎没有一个国际法分支”“没有经过国内法庭的司法处理”。<sup>500</sup> 在这种情况下，将国内法院的判决排除在外可能确实反映了一种挑战，一种“有害的态度”，<sup>501</sup> 这可能“减少了吸取国际法司法处理教训的机会，而这样的机会世界上本就不多”。<sup>502</sup>

286. 第三，尽管文献里有时持怀疑态度，但很明显，在实践中，国际性法院和其他行为体经常援引国家法院的判决作为确定国际法规则的辅助手段，例如在关于习惯国际法规则的背景或存在的辩论中。在此，可以指出，国家法院的判决具有双重功能，即除了作为辅助手段外，它们也是国家实践的标志，也可以作为确定法律确信的基础。在关于习惯国际法的识别的结论中，国际法委员会指出，国家实践包括国家行为，无论是在行使行政、立法、司法或其他职能时采取的行为。<sup>503</sup> 国家法院的判决被认为是国家司法实践的一种证明形式。它们也可以是辅助手段。

287. 虽然实践可以有多种形式，也没有预先确定的位阶，但实践包括“国家法院的判决”。<sup>504</sup> 这一模式体现在国际法院和常设国际法院的广泛实践中。例如，在逮捕令案中，<sup>505</sup> 国际法院对外交部长是否享有豁免的问题作出裁决，其依据

<sup>497</sup> Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 124.

<sup>498</sup> 同上。

<sup>499</sup> Pellet, “Article 38”, p. 854.

<sup>500</sup> H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law” *Brit. Yearb. Int. Law*, vol. 10 (1929), p. 65 at p. 67.

<sup>501</sup> 同上。

<sup>502</sup> 同上。

<sup>503</sup> 关于习惯国际法的识别的结论，附评注，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 2 页，结论 5。

<sup>504</sup> 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 120 页。

<sup>505</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，案情实质，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 121 号，第 3 页。

主要是将国家法院的判决作为习惯国际法下的一种国家实践形式，对国家法院的判决进行了审查，如上议院对皮诺切特案的判决和法国的卡扎菲案，行文如下：

“国际法院仔细审查研究了国家实践，包括国家法律和国家高等法院，如上议院或法国最高上诉法院的少数几项裁决。从这一实践中无法推断，根据习惯国际法，在现任外交部长涉嫌犯下战争罪或危害人类罪时，给予他们刑事管辖豁免和不可侵犯性的规则存在任何形式的例外”。<sup>506</sup>

288. 在另一个案件，国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案中，国际法院在裁定一国有权就其武装部队在另一国领土上实施的统治权行为享有豁免时，在作出裁定时除其他外全面审查了埃及、意大利、联合王国的国家法院和德国法院的判决。<sup>507</sup> 还有其他一些例子反映了这种做法。

289. 在荷花号案中也可以看到同样依赖国家法院的判决。<sup>508</sup> 在这一经典案例中，常设国际法院审议了国家法院判决在形成国际法管辖权方面的作用。<sup>509</sup> 但常设国际法院也认为，第 38(1)(d)条规定的指示“仅符合既定规则，即审理独立国家间案件的常设或临时国际性法庭，不得将一国法院对国际法问题的判决视为对其他国家具有拘束力，虽然给予这种判决以在特定国家所采取的司法意见所应有的份量，但只有在认为它们符合国际法，即所有国家的共同法的情况下，才应将它们作为权威”。<sup>510</sup>

290. 在国际法的某些领域，例如在国际刑法中，实际上是国家法院的判决促成或丰富了国际法的适用。原因是国际刑法的实体和程序方面在国际法中仍处于相

<sup>506</sup> 同上，第 24 页，第 58 段。

<sup>507</sup> “国际法院接下来讨论国家法院关于武装部队行为的国家豁免的判决所体现的国家实践。一国是否有权在关于其武装部队在另一国同意下驻扎或访问该国领土时据称实施的侵权行为的诉讼中享有豁免的问题，已在若干场合得到国家法院的审议。埃及(Bassionni Amrane v. John, Gazette des Tribunaux mixtes d’Egypte, January 1934, p. 108 ; Annual Digest, Vol. 7, p. 187)、比利时(S.A. Eau, gaz, électricité et applications v. Office d’aide mutuelle, Cour d’appel, Brussels, Pasirisie belge, 1957, Vol. 144, 2nd Part, p. 88 ;ILR, Vol. 23, p. 205)以及德国(Immunity of the United Kingdom, Court of Appeal of Schleswig, Jahrbuch für Inter-nationales Recht, 1957, Vol. 7, p. 400;ILR, Vol. 24, p. 207)等国法院作出的裁决是国家法院在外国武装部队的行为被定性为统治权的情况下给予豁免权的早期例子。此后，若干国家法院裁定，在军舰(United States of America v. Eemshaven Port Authority, Supreme Court of the Netherlands, Nederlandse Jurisprudentie, 2001, No. 567; ILR, Vol. 127, p. 225 ;Allianz Via Insurance v. United States of America (1999), Cour d’appel, Aix-en-Provence, 2nd Chamber, judgment of 3 September 1999, ILR, Vol. 127, p. 148) 或军事演习(FILT-CGIL Trento v. United States of America, Italian Court of Cassation, Rivista di diritto internazionale, Vol. 83, 2000, p. 1155;ILR, Vol. 128, p. 644)造成的损害方面国家享有豁免。联合王国法院认为，习惯国际法要求在外围武装部队在联合王国领土上实施的侵权行为的诉讼中，如果有关行为属于统治权行为，则应享有豁免权。(Littrell v. United States of America (No. 2), Court of Appeal, [1995] 1 Weekly Law Reports (WLR) 82;ILR, Vol. 100, p. 438;Holland v. Lampen-Wolfe, House of Lords, [2000] 1 WLR 1573; ILR, Vol. 119, p. 367).”

<sup>508</sup> “荷花号”案(法国诉土耳其)，判决，常设国际法院，1927年A辑，第10号，第23、26、28-9页。

<sup>509</sup> 同上，第254段。

<sup>510</sup> 同上，第253段。

对初级的阶段。后者的部分原因是国际立法者难以“通过能够适当考虑到刑法和刑事诉讼领域各种各样而且往往相互冲突的国家传统的一般规则，从而调和这些传统”。<sup>511</sup> 另一方面，相比之下，特别是在第二次世界大战之后，“大量关于国际罪行的判例法已经发展起来”。<sup>512</sup> 这套判例法“对于确定现行法律具有极其重要的意义”，<sup>513</sup> 是具体适用国际刑法的支柱。这可以追溯到第二次世界大战前后该领域出现的最早时期。

291. 例如，在纽伦堡国际军事法庭的判决中，法庭在讨论法律渊源时确定，战争法不仅存在于条约中，而且还存在于“逐渐获得普遍承认的国家习惯和惯例中，以及法学家适用和军事法庭实践的一般司法原则中”。<sup>514</sup> 几十年后，前南斯拉夫问题国际法庭采取了类似的做法，例如，审理 *Kupreškić* 案的一个审判分庭裁定，法庭“具有国际性质，适用国际法原则”，<sup>515</sup> 因此必须依赖国际法的既定渊源，并在此框架内依赖司法判例。

292. 在此，前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭援引它认为“具有习惯国际法宣示性”<sup>516</sup> 的第三十八条第 1 项(卯)款时，认为它们(即司法判例)只应被用作“确定法律规则的辅助手段”。<sup>517</sup> 此后，该分庭讨论了与国际性法院的判决相比，国家法院判决的相关性和重要性。该分庭认定，国际性刑事法院和法庭的判决具有“很高的价值”，<sup>518</sup> 在许多情况下，“国家法院就国际罪行作出的判决的价值也不能低估”。<sup>519</sup> 事实上，盟国根据管制委员会法第 10 号在各自占领区进行的战争罪审判提供了一套重要的判例法，事实证明，这些判例法不仅对前南斯拉夫问题国际法庭，而且对卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭和国际刑事法院等现代国际性刑事法院都具有重大意义。

293. 此外，国家法院在适用刑法和刑事诉讼程序方面的经验要丰富得多。因此，国家法院不仅作为一般法律原则的渊源(一般法律原则作为法律渊源可适用于具体的诉讼程序)，而且还作为在国际法标准可能缺失或发展不足的情况下填补司法空白的基础。问题是，在审查国家法院判决所证明的国家司法实践时，可以推导出习惯法规则以及一般法律原则。正如 Bassiouni 所指出的，国际法的刑法方

<sup>511</sup> 检察官诉 *Zoran Kupreškić* 案，前南问题国际法庭审判判决，案件编号 IT-95-16-T. 2000 年 1 月 14 日，第 133 页，第 539 段。<https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>。

<sup>512</sup> 同上，第 213 页，第 537 段。<https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>。

<sup>513</sup> 同上，第 215 段，第 541 段。

<sup>514</sup> Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal International Military Tribunal, October 1946, p. 54: IMTJudgment.Endversion+Deckblatt ([crimeofaggression.info](http://crimeofaggression.info)).

<sup>515</sup> 检察官诉 *Zoran Kupreškić* 案，前南问题国际法庭审判判决，案件编号 IT-95-16-T. 2000 年 1 月 14 日，第 540 段。

<sup>516</sup> 同上。

<sup>517</sup> 同上。

<sup>518</sup> 同上，第 541 段。

<sup>519</sup> 同上。

面确实来自《国际法院规约》第三十八条所列的渊源，但同样正确的是，这些渊源的来源范围已经扩大，并与国家刑法有着高度的相互影响。<sup>520</sup> 这一过程有助于协调国际和国家刑事司法系统中的实质性和程序性问题。

294. 国际性刑事法院的广泛实践证明了这一命题。仅举几个例子就够了。例如，在帕夫莱·斯特鲁加尔案中，<sup>521</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭维持了审判分庭在确定被告是否适合受审方面的做法。《法庭规约》没有考虑到这个问题。因此，法官们除其他外，对各种普通法系和大陆法系国家法院的判例法进行了分析，然后确定这一规则必须成为国际法的一部分。

295. 同样，在 *Erdemović* 案中，<sup>522</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭审查了是否存在关于可使用或不使用胁迫作为辩护的国际习惯法规则。上诉分庭在详细讨论了普通法系和大陆法系中胁迫作为部分或全部辩护理由的地位之后，还讨论了国家法院关于胁迫的一些判例法。该判例法为确定是否可以辩护提供了依据，而且如果可以，应如何在国际法庭上适用。

296. 在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在确定国家法律制度如何解释法官公正性要求的过程中，不仅研究了国家法律制度，而且还查阅了包括联合王国、澳大利亚、南非、加拿大和美国在内的各种普通法系法域以及德国和瑞典等一些大陆法系法域的判例法。<sup>523</sup> 其中包括对适用出现偏见测试进行比较检查。该分庭最终裁定，有一条一般规则，即法官不仅应在主观上不带偏见，而且周围环境中不应有任何客观上会引起偏见的迹象。<sup>524</sup>

297. 不管怎样，与上述情况相一致的是，国际法委员会在其关于使使用习惯国际法的证据更易于查考之方法和手段的研究中<sup>525</sup> 以及最近关于习惯国际法的识别的研究中，<sup>526</sup> 均认为，在确定国际法规则的存在和内容的过程中，国家法院的判决可能也具有相关性，尽管国家法院的判决只是确定这种规则的辅助手段。<sup>527</sup> 换言之，正如本报告第五章讨论的秘书处备忘录所指出的，国家法院的判决具有

<sup>520</sup> M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 11. (The author goes on to explain the specificities of international criminal law and the challenges of a discipline that intersects on the one hand with a sovereignty-oriented Westphalian system on the one hand and at the same time aims to direct liability to individuals).

<sup>521</sup> 帕夫莱·斯特鲁加尔案，前南问题国际法庭上诉分庭，案件编号 IT-01-42-A，2008年6月23日，可查阅 <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acord/en/080623.pdf>。

<sup>522</sup> *Dražen Erdemović* 案，前南问题国际法庭上诉分庭，案件编号 IT-96-22-A，1997年10月7日，可查阅 <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>。

<sup>523</sup> 检察官诉 *Anto Furundžija* 案，前南问题国际法庭上诉分庭，案件编号 IT-95-17/1-A，2000年7月21日，可查阅 <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>。

<sup>524</sup> 同上，第189段。

<sup>525</sup> 国际法委员会，“使使用习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”。可查阅 [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_4.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_4.shtml)。

<sup>526</sup> 国际法委员会，“习惯国际法的识别”。可查阅 [https://legal.un.org/ilc/guide/1\\_13.shtml](https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml)。

<sup>527</sup> 关于习惯国际法识别的结论，第2页，第2段，结论3，评注第3段，结论6，第2段。

“双重作用”：“是国家惯例的一种形式，也是确定国际法规则的辅助手段”。<sup>528</sup> 现任特别报告员没有强有力的理由建议委员会偏离这一经过深思熟虑并得到各国支持的立场。

298. 如前所述，国家法院的判决确实发挥着重要作用，这一点现在应该是不言而喻的，但还有另外三点如果不是限定因素的话，也应该被考虑到。首先，这些判决的潜在价值各不相同，并取决于许多考虑因素。这将包括判决所涉及的法律问题的性质、判决中推理的质量以及作出判决的法院或机构(在所有条件相同的情况下，就后一点而言，法院级别越高，所作出的判决就越有可能被认为分量更重)。这些方面在某种程度上是指确定存在或不存在适用的国际法规则时，判决的内部一致性以及判决在多大程度上符合法庭的预期标准。例如，一项旨在适用习惯国际法规则解决某一特定事项的判决，如果源自对是否存在被接受为法律的一般惯例的彻底审查，可能会被认为更可接受。出于同样的原因，一个理由不充分的判决，如果不符合该标准，就不可能被接受。

299. 判决的一个较为外部的方面，也是判决质量的一个指标，是在有关管辖权之内或更重要的是管辖权之外的其他法院或法庭以及各国是否遵循了该判决。正如委员会就习惯国际法得出的结论(这一点也许可以说得更宽泛一点)，“其他考虑因素可根据情况包括法院或法庭的性质；通过判决的多数规模；以及法院或法庭适用的规则和程序。”<sup>529</sup>

300. 其次，尽管援引此类判决作为辅助手段有上述优点，但应谨慎审查国家法院旨在说明国际法规则的判决。这是因为这类判决可能反映了一种狭隘的观点，或以其相关法律制度的特殊性为依据。<sup>530</sup> 委员会在其两个与渊源有关的专题中确认了这一点。<sup>531</sup> 前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在上述 *Kupreškić* 案中也警告说，国际性刑事法院“在依赖其他法院对现行法律的说服力之前，必须始终认真评估这些法院的判决”。<sup>532</sup> 此外，该分庭认为，国际性刑事法院应“对国家判决比对国际判决实行更严格的审查，因为国际判决至少与国际性法院适用的法律体系相同，而国家判决往往适用国内法，或主要适用国内法，或通过国内立法的棱镜解释国际规则”。<sup>533</sup>

<sup>528</sup> 秘书处备忘录，A/CN.4/759，第15段。

<sup>529</sup> 《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)。

<sup>530</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 41。

<sup>531</sup> 习惯国际法的识别的结论，附评注，《2018年国际法委员会年鉴》第二卷(第二部分)，第2页。

<sup>532</sup> 检察官诉 *Zoran Kupreškić* 案，前南问题国际法庭审判判决，案件编号 IT-95-16-T，2000年1月14日，第542段。

<sup>533</sup> 同上，第213-215页，第537-541段。

301. 第三，也是最后一点，最近的国家实践表明，至少在某些专题领域，可能难以明确区分国家法院的判决和国际性法院的判决。这是因为，建立被称为“混合型”或“混合”法院的国家实践越来越多，特别是在国际刑法等一些分领域。

302. 虽然从《国际法院规约》第三十八条第1项(卯)款的角度来看，将不同类别的司法判例分为两类(国家法院判决和国际性法院判决)，甚至可能是一个混合类别(混合法院判决)可能有所裨益，但在许多方面，关键的考量很可能不是在国家法院的司法判决和国际法院的司法判决之间，“而是在主要适用国内法的法院和法庭的司法判决(‘国内司法判决’)与主要适用国际法的法院和法庭<sup>534</sup>的司法判决(‘国际性司法判决’)之间”。<sup>535</sup> 这种观点认为，不应过分强调分类，重点不应过分放在法院或法庭本身的性质或类型上，而应强调其适用的法律的性质或类型。这一观点似乎与前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭对 *Kupreškić* 案的解读相一致。<sup>536</sup>

### C. “学说”一词的含义

303. 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款指示法院适用“……各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者”。与构成该款第一部分的“司法判例”这个类别一样，《联合国宪章》(第十四章)、《规约》或法院的辅助文件，特别是《法院规则》或《程序指示》，均未载有“学说”一词的任何定义。如上所述，Descamps 提出了后来成为该条的最初案文；他是咨询委员会成员中唯一使用“有权威的法学家的学说”这一用语的。<sup>537</sup> 国际法院及其前身没有理由将学说界定为其实践中的一个类别。在更经常地在其个别意见中引用学说的法官的个人意见中，也没有界定学说一词。因此，似乎不妨审查该词的通常含义，以澄清给法院的这部分指示的预期目的。

304. 第一项前导句的案文指出，法院“应适用”学说作为确定法律规则的辅助手段。在进行案文分析之前，出现了一个门槛问题，即第三十八条的案文是要求还是允许法院对学说进行审查。同这项《国际法院规约》中可能被讨论最多的规定的其他方面一样，学术界的意见似乎有分歧。初看之下，该案文似乎规定法官有义务这样做。例如，Lauterpacht 认为，该条“在提及‘公法学家学说’作为法院适用的一个辅助的法律渊源时，是强制性的”。<sup>538</sup> 他援引了 Sorensen，认为起草历史“没有证明以下说法，即以此种方式赋予法院的权力仍然应该是名义上的”(原文无着重标示)。<sup>539</sup> 换言之，他指出，虽然存在“在当事方的书面材料和口头

<sup>534</sup> 从这个意义上讲，法庭大概包括世界贸易组织争端解决机构的裁决。

<sup>535</sup> Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol 24, No. 2 (2013), p. 649 at p. 658.

<sup>536</sup> 检察官诉 *Zoran Kupreškić* 案，前南问题国际法庭审判判决，案件编号 IT-95-16-T，2000 年 1 月 14 日。

<sup>537</sup> 《委员会议事录》，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，第 324 页。

<sup>538</sup> Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p. 24.

<sup>539</sup> 同上，第 25 页。

诉辩中不加区别地援引著述者”的做法，但他并不认为，“总是可以通过完全无视著述者的意见来解决这一问题”。<sup>540</sup> 这意味着，在书状中以及在口头诉辩期间大量引用学术著作被认为没有帮助，甚至可能被认为是有问题的。另一位著述者 Jennings 似乎同意，有义务考虑学说。他认为法院“必须……查阅最知名的公法学家的论著”。<sup>541</sup>

305. 但是，正如还有一位著述者最近所指出的那样，查阅学术著作并不一定意味着法官承认或援引这些著作。<sup>542</sup> 他发现的传闻证据，包括与法官的访谈，似乎证实了相反的情况，即事实上，对学术著作的查阅多于对它们的正式引用——至少在国际法院的多数意见中，就法院本身而言是这样的。<sup>543</sup> 我们将在下文进一步谈及学说的实际使用问题。现在，不妨先澄清什么是学说。

306. 名词“teaching”在字典中的含义是“教师的工作”，在第三十八条第一项(卯)款的背景下未作界定，因为其含义可能显而易见；而“teachings”(复数)的含义是，“传授给他人的某人或某团体的思想，尤其是关于政治、宗教或社会的思想。”<sup>544</sup> 因此，就我们的目的而言，学说是传授给他人的、某人或某团体关于国际法律问题的思想。Helmerson，在其有关学说的详细研究的背景下，认为“该定义的核心是明确的：非由国家、政府间组织或法院和法庭编制的、可用于回答法律问题的学术书籍和期刊文章”。<sup>545</sup>

307. 如果学说的含义显而易见，而且看起来的确如此，那么其范围又是什么。这是更具挑战性的问题。学说，无论是按其通常含义还是按其同义词来看，显然是一个广泛类别。其含义包括书面作品和讲座。这些可能是想到的直接方面，但听到有人提及学说时，却不必如此狭隘地解读。事实上，考虑到技术进步可带来的可能性，更广泛地予以解读可能才能更好地理解学说。事实上，委员会在其先前的工作中已经确定，“学说”或“论著”都“应予以广泛的解读”。<sup>546</sup> 委员会还认为，这一类别应包括“非书面形式的学说，例如讲座和视听材料”。<sup>547</sup> 特别报告员同意这种意见。因此，我们可以得出结论认为，学说包括论著或理论以及录制的讲座和视听材料，以及就此而言，今后可能开发的任何其他传播形式。

<sup>540</sup> Lauterpacht, *The Development of International Law*, p.25.

<sup>541</sup> Robert Y. Jennings, “The Progressive Development of International Law and its Codification”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 24(1947), p. 301 at p. 308.

<sup>542</sup> Sondre Torp Helmerson, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16(2017), p. 464 at pp. 472-473.

<sup>543</sup> 同上，第 474 页。

<sup>544</sup> 见《牛津高阶英语词典》，[Oxford Advanced Learner's Dictionary at OxfordLearnersDictionaries.com](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/)。

<sup>545</sup> Helmerson *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

<sup>546</sup> 国际法委员会，(A/CN.4/710/Rev.1)，结论 14 第 1 段，[关于习惯国际法的识别的结论][2018 年]。

<sup>547</sup> 国际法委员会，(A/CN.4/710/Rev.1)，结论 14 第 1 段。另见迈克尔·伍德，“特别报告员关于习惯国际法的识别的第三次报告”(A/CN.4/682)，第 121 页；Charles C. Jalloh “Statement on the Identification of Customary International Law Statement of the Chairperson of the Drafting Committee”，p. 15。

308. 无论学说的表现形式为何，提及学术著作的原因有很多。就我们的目的而言，有三点似乎尤为重要。第一，学说可作为解释国际法规则的一个关键要素发挥作用。为方便起见，我们不妨称之为学说的解释功能。人们只是想让论著发挥解释的辅助要素的作用；它们不能成为渊源。从该条的起草进程中就可以看出这一点；在该进程中，几乎同一般法律原则一样，支持者将学说视为帮助法官识别、解释、确定或澄清规则或原则的存在的一种方式，进而有助于他们避免宣布无法可依。在这个意义上，正如主席 Descamps 所解释的那样，法官在确定如何最好地适用条约、习惯和一般法律原则的过程中可求助于条约，而且在这样做时，可查阅学术著作，作为国际法实在规则的存在证据。<sup>548</sup> 简而言之，学术著作是辅助性的，但在确定适用的国际法规则方面是有用资源。

309. 第二，学说可能会提出可“影响国家行为，从而随着时间的推移间接有助于修改实际法律”的观点，但具体情况如何取决于作者的声望及其说服力。<sup>549</sup> 这就是此处我们不妨称之为学说的说服功能的一种功能。从历史角度来看，这一功能意味着对法律观点进行系统分析可能是有益的，能使某些著述者有一定程度的影响力，尽管这将取决于人们认为这些作者有多大的权威。

310. 第三，学说，特别是由一个专家集体提出的学说，可能在编纂或逐步发展法律或倡导法律改革方面起到带头作用，甚至在国家和其他国际行为体可能愿意这样做之前就发挥此种作用。<sup>550</sup> 我们可以将此称为学说的编纂或逐渐发展功能。举例而言，国际法中可能无人能否认 Grotius 这样的著述者的奠基性影响；或者举一个相对而言较近的例子，即 Gidel 的奠基性影响，据说他是第一个提出毗连区理论并以此来系统地协调各国在海洋法领域的实践的人；或者说 Cherif-Bassiouni 在国际刑法领域的奠基性影响。<sup>551</sup> 同样，国际法协会、哈佛国际法研究、红十字国际委员会或国家授权的联合国条约机构专家在国际法某些领域提出的学说的影响也是难以否认的。在此方面，学者个人的著作甚至可能与专家组的著作交叉，对核心国际法规则的形成产生巨大影响；例如，正如 Bonaya Godana

---

<sup>548</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第318-319页。

<sup>549</sup> James L Brierley, *The Law of Nations*, (Oxford University Press, 1955) 5th ed., p. 66.

<sup>550</sup> 在此方面，见 Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Columbia J. of Trans’l L.*, vol. 55 (2017), p. 343.

<sup>551</sup> 见 F. Woolridge, *Contiguous Zone*, EPIL I (1993), 779-83.

在提及国际水道法时所指出的那样。<sup>552</sup> Godana 认为, H.A.Smith<sup>553</sup> 等著述者的意见以及国际法学会在通过 1911 年《马德里决议》和 1966 年《赫尔辛基规则》时的意见, 对该法律体系的发展具有特别影响。<sup>554</sup> 当然, 这仅是许多可能的例子中的一个。还可以举出国际法不同分领域的其他例子, 其中涉及与国家有密切联系的不同类型的实体。在武装冲突法方面, 无人能否认红十字国际委员会的显著作用; 在红十字国际委员会的许多贡献中, 其中之一就是经过大约十年由专家带头开展的工作, 对适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际人道法做出了重大重述。<sup>555</sup> 在海洋法领域, Penelope Ridings 指出了学说、实践和司法判决与具体实例之间的辩证关系, 认为学术著作对于引导和推动海洋法在国际性法庭中的发展可能发挥直接或间接的影响。<sup>556</sup>

311. 值得注意的是, 国家一级的国家实践, 包括司法实践, 考虑到了学说的类似作用。美国最高法院法官 Gray 先生的意见可证实这一点: 他在 *Paquete Habana* 案中的一段话经常被援引, 这段话比《常设国际法院规约》的起草早了 20 年, 证实学说也对国家法院有辅助作用:

<sup>552</sup> Bonaya Godana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems* (Boulder: Lynne Rienner, 1985), p. 24.

<sup>553</sup> 见 Herbert Arthur Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, (London: P.S. King, 1931) (a work that has been described as a “milestone in the development of the doctrine of equitable apportionment”), C.B. Bourne, “The Right to Utilize the Waters of International Rivers”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1965), pp. 187-264。在国际法其他领域, 例如武装冲突法领域, 也有其他例子; 关于该领域, 国际法学会于 1880 年 9 月 9 日在牛津通过了一份手册。国际法学会并未提出一项条约, 它力求明确阐述它认为可用作国家立法依据的当时的公认思想。事实证明, 这份文件影响巨大。The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880. (umn.edu). 国际法学者对战争法产生的类似影响的例子是哥伦比亚法学院 Francis Lieber 教授的著作, 其中阐述了亚伯拉罕·林肯总统在 1863 年 4 月 24 日美国内战期间为美国联邦军颁布的敌对行动规则。后来被称为《利伯守则》的第 100 号通令: 美国陆军军官战场守则, 后来被证明对激励和影响许多其他国家的战争法编纂工作产生了影响。这些国家包括普鲁士、荷兰(1871 年)、法国(1887 年)、瑞士(1878 年)、塞尔维亚(1879 年)、西班牙(1889 年)、葡萄牙(1890 年)、意大利(1896 年)和联合王国(1884 年)。后来, 它将成为 1874 年《布鲁塞尔宣言》以及 1899 年和 1907 年《海牙陆战公约》的依据。关于评注, 见 R. Baxter, “The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100” *IRRC*, vol. 25 (1964) p 25 and Theodor Meron, “Francis Lieber’s Code and Principles of Humanity” *Colum. J. of Transnat’l L.* vol. 36 (1998), p. 269.

<sup>554</sup> 见 International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966。

<sup>555</sup> 在这方面, 见 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) Vols. I and II。另见 Jean-Marie Henckaerts, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict,” *IRRC* vol. 87 (2005), p. 175。另一方面, 考虑到专家机构的工作与各国之间的动态互动, 红十字国际委员会研究的某些方面不一定得到所有国家的接受。例如见 John B. Bellinger III & William J. Haynes II, “A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law”, *IRRC*, vol. 89 (2007), p. 443; and Jean-Marie Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments”, *IRRC*, vol. 89 (2007) 473。

<sup>556</sup> Penelope J. Ridings, “The Influence of Scholarship on the Shaping and Making of the Law of the Sea”, *Int’l J. of Marine and Coastal Law* 38 (2023), p. 11-38.

国际法是我们法律的一部分，每当取决于国际法的权利问题被正式提交给具有适当管辖权的法院进行裁决时，就必须由法院来确定和执行这些法律。为此目的，在没有条约、可用作依据的行政或立法法令或司法判决的情况下，必须可求助于文明国家的习俗和惯例，以及作为此方面的证据，求助于法学家和评论家的著作；这不是为了了解其著述者关于法律应当是什么的猜测，而是为了求得关于法律实际上是什么的可靠证据。<sup>557</sup> (原文无着重标示)

312. 美国法院后来的判例法申明了主要是对学说在确定适用的国际法规则方面的地位的相同理解的承诺。例如，在相对较近的 *Flores* 诉秘鲁南方铜业公司案中，美国第二巡回上诉法院援引了《国际法院规约》第三十八条，称其中列出了渊源，并强调该条第一项(卯)款所列渊源，即司法判决和学说的地位次于或附属于前三个渊源。<sup>558</sup>

313. 同样，在 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 案中，美国最高法院裁定，要确定国际法的现状，首先是参考条约(如有)，之后是评估是否有可用作依据的立法法令或司法判决，若没有，则参考法学家的著作。<sup>559</sup>

314. 最后，在美国诉 *Yousef* 案中，第二巡回法院裁定，虽然论著不是渊源，但它们“有助于阐明或澄清既定的法律原则或法律体系”；在这方面，“只有在必须求助于国家意见、决定和法令之外的其他手段时”，论著才可能有助于“阐明特定的国际法问题，并且仅在此时才与国家自己的声明、法律和对其代理人的指示等更具权威性的证据有可比性，而且其权威性程度较低”。<sup>560</sup>

315. 其他国家的实践反映了类似做法。在塞拉利昂，该事项被方便地解释如下：“塞拉利昂国家法院对国际法问题的处理表明，所依赖的往往是其他国家和国际性法院处理相同问题的司法判决”。<sup>561</sup> 参考塞拉利昂最高法院在最高法院第 1/2003 号案，即 *Issa Hassan Sesay* 等人诉特别法院院长、特别法院书记官长以及总检察长和司法部长的判决，就可证明这些观点；在该案中，法官就官员豁免问题提及了联合国王国法院对皮诺切特案<sup>562</sup> 的裁决和国际法院的逮捕令案。<sup>563</sup> 同一

<sup>557</sup> U.S. Supreme Court, *The Paquete Habana; The Lola*, 175 US 677, 8 January 1900, p. 720. 首席大法官 Fuller 持不同意见，就著述者提出警告说，“他们的著作可能有说服力，但不是权威性的”。

<sup>558</sup> United States, Second Circuit Court of Appeals, 406 F.3d 65, Judgment, 2003, p. 83.

<sup>559</sup> United States, U.S. Supreme Court, 542 U.S. 734, 2004, p. 730, 734. (引用 *The Paquete Habana*, 175 U.S. at 700)。请注意，法院在该案中未提及不可用作依据的司法判决，例如《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述司法判决的作用。

<sup>560</sup> 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

<sup>561</sup> 见塞拉利昂提交国际法委员会的材料，2023 年 1 月 18 日，第 8 段。

<sup>562</sup> United Kingdom, House of Lords, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, Case no. [2002] 1 AC 61, 25 November 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte (No 2)*, Case no. [2002] 1 AC 119, 17 December 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Case no. [2000] 1 AC 147, 24 March 1999.

<sup>563</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕令案。

判决还说明了该国的法院如何利用学术著作；该判决实质上允许得出大意如此的结论：“公法学家的学说可用于阐明相关论点或确认法院所作解释”。<sup>564</sup>

316. 上文所讨论的学说的功能(即解释、说服和编纂功能)并不表示学说有制定法律的权力或可以声称有权制定法律。肯定不是直接有此表示。学说所载意见发挥间接的佐证功能，甚至在此方面也是对主要渊源起辅助作用，这一点从各国以及国家和国际性法院和法庭的实践中就可以看出。<sup>565</sup> 这种解释者、分析者和编纂者甚至法律改革者的作用并不是独特的。这种作用得到普遍承认，并与学术成果在任何其他法律体系，无论是国家、区域还是国际法律体系中更普遍地发挥的功能一致。

317. 关于国际性法院的实践，在涉及到学术成果在《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款意义上的运用时，似乎显示出不同做法。就国际法院而言，以及在此方面就其前身而言，迄今为止的已知做法是学说在判决/多数意见中几乎未发挥重要作用。根据一项实证研究，在研究之时的超过 155 个案例中，国际法院仅 7 次引用了学说。<sup>566</sup> 与国际法院七十多年的历史相比，这些案件数目很少，因此可以简单地提及。其中包括以下案件的裁决：陆地、岛屿和海上边界争端案、<sup>567</sup> 纳米比亚问题咨询意见、<sup>568</sup> 卡西基里/塞杜杜岛案、<sup>569</sup> 尼加拉瓜案判决、<sup>570</sup> 波斯尼亚灭绝种族案、<sup>571</sup> 诺特博姆案(第二阶段)<sup>572</sup> 和核武器问题咨询意见。<sup>573</sup> 国际法院的前身在某种意义上发展了这种做法，<sup>574</sup> 从以下案件中一些对学说的提

<sup>564</sup> 见塞拉利昂提交国际法委员会的材料，2023 年 1 月 18 日，第 8 段。

<sup>565</sup> 在这方面，见美国提交的材料，其中提到了美国法院在 *The Paquete Habana* 案中的判决(“只有在没有适用的条约或可用作依据的国内法的情况下，法学家和评论家的著作才可被视为法律真正是什么的可信证据)以及在 *Sosa v. Alvarez-Machain* 案中的判决(“法院评估了国际法的现状，首先该现状体现在条约以及“可用作依据的立法法案或司法判决”中，否则，体现在“法学家和评论家的著作”中)。

<sup>566</sup> Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

<sup>567</sup> 陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯)，请求参加诉讼，判决，《1990 年国际法院案例汇编》，第 92 页。

<sup>568</sup> 南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果，咨询意见，《1971 年国际法院判例汇编》，第 16 页。

<sup>569</sup> 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨博茨瓦纳诉纳米比亚)，《1999 年国际法院案例汇编》，第 1045 页，(12 月 13 日)。

<sup>570</sup> 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页。

<sup>571</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页。

<sup>572</sup> 诺特博姆案(第二阶段)，1955 年 4 月 6 日判决，《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页。

<sup>573</sup> 国家在武装冲突中使用核武器的合法性，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 66 页。

<sup>574</sup> A/CN.4/691，第 9-11 页，第 18 段。

及似乎就可看出这一点：荷花号案、<sup>575</sup> 德国在波兰上西里西亚的某些利益案、<sup>576</sup> *Jaworzina* 案、<sup>577</sup> 温布尔登号案<sup>578</sup> 和奥地利-德国关税同盟问题咨询意见。<sup>579</sup>

318. 在国际法院的判决中不大量引用学说，这种看似传统的做法可能会产生误导。这不应导致错误结论，即法官不参考学术成果或学术成果对法官没有用。情况正好相反。学术成果似乎得到广泛利用，不仅是在国家<sup>580</sup> 律师和法学家向国际法院和其他国际性法院提交的文书中使用，而且也用于澄清特定法律规则的背景。事实上，众所周知，尽管在国际法院的判决中，对学说的引用通常有限，但法官的个人意见却经常引用学说。这种模式还体现了自常设国际法院时代起就有的一种做法，也表明学说可能出现在审议期间，但并未保留在多数意见中。用作背景资料的学说的价值表明，与仅从引用次数上所作推测相比，学说实际上更有份量。甚至有传闻证据显示，司法判决草案可能在早期版本中载有对理论的引用，但后来由于各种复杂的原因而从法院判决中删除了。此外，与此形成鲜明对比的是，在一些国际性法院中，常常大量提及学说(若不是支持法律主张，作为对这些主张的一种确认形式)。

319. 国际法院作为联合国的主要司法机关，可被视为最高法院，如果学说未在国际法院的案件中得到普遍援引，人们可能就会认为，这种对公开使用学术著作的犹豫态度在其他国际性法院中也是一样的。这种假设，就其程度而言，会是错误的。一些国际性法院和法庭，例如国际性的刑事法庭以及区域人权委员会和法院，对在其裁决和判决中使用和承认学术权威持更开放的态度。<sup>581</sup> 例如，塞拉利昂问题特别法庭审判分庭在审理革命联合阵线案时，在其关于法律调查结果的一节中引用了若干学术著作。在解释《塞拉利昂问题特别法庭规约》关于上级责任的第 6 条第(3)款时，分庭援引了一本有关国际刑法的主要教科书，“赞同以下原则，即上级责任现已牢固地扎根于习惯国际法”，<sup>582</sup> 但分庭本身并没有对是否存在这方面的国家实践和法律确信进行任何独立评估。在前南斯拉夫问题国际法庭

<sup>575</sup> 荷花号案(法国诉土耳其)。

<sup>576</sup> 德国在波兰上西里西亚的某些权益案(德国诉波兰)。

<sup>577</sup> *Jaworzina* 问题案，咨询意见，《1923 年常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 8 号(12 月 6 日)。

<sup>578</sup> “温布尔登”号轮船案(英国诉日本)，咨询意见，《1923 年常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 1 号(8 月 17 日)。

<sup>579</sup> 德国与奥地利之间的关税制度案，咨询意见，《1923 年常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 41 号(9 月 5 日)。

<sup>580</sup> 例如，在第二章讨论的美国就此专题提交的材料中，美国确认它经常在国际案件的文书中引用学术著作。

<sup>581</sup> 欲了解深入的分析，见 Nora Stappert, ‘A New Influence of Legal Scholars? The Use of Academic Writings at International Criminal Courts and Tribunals’, *LJIL*, vol. 31 (2018), p. 963。

<sup>582</sup> 见 *SCSL, The Prosecutor v. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (RUF case)*, *SCSL-04-15 para. 282, fn. 507 citing to Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005), p. 372*。分庭在下一句中援引了前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在 *Celibici* 案中的判决(第 195 段——“协定法和习惯法中已确立军事和其他上级人员可能因其下属的行为而被追究刑事责任的原则。”)。

的案件，除其他外，*Tadić* 案、*Kunarac* 案和 *Kronojelac* 案<sup>583</sup> 以及卢旺达问题国际法庭的 *Akayesu* 案、<sup>584</sup> *Musema* 案、<sup>585</sup> *Bagilishema* 案、<sup>586</sup> *Nahimana* 等人案、<sup>587</sup> *Gacumbitsi* 案、<sup>588</sup> *Bagosora* 等人案、<sup>589</sup> *Seromba* 案、<sup>590</sup> *Bikindi* 案<sup>591</sup> 和 *Nzabonimana* 案中，都可以找到类似的使用论著的情况。<sup>592</sup>

320. 在国际刑事法院，*Lubanga* 案审判判决大量引用了学术期刊和专著。<sup>593</sup> 国际刑事法院的许多其他司法判决也是如此，不胜枚举。此外，在国际刑事法院似乎出现了一种做法，即通过 *amicus curiae* 或法庭之友程序对学术界的成果给予更大程度的重视；这显然借鉴了在其之前的前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭、塞拉利昂问题特别法庭和柬埔寨法院特别法庭等特设法庭的做法。

321. 在这一进程中，有三个方面十分突出。首先，国际刑事法院包括其上诉分庭根据规则第 103 条邀请学者申请 *amicus curiae* 或法庭之友的正式身份，就赔偿和豁免等实质性法律问题发表意见。值得注意的是，虽然学术界通常可以申请这种身份以发表其意见(正如他们在某些案件中所做的那样)，但在其中一些案件中，邀请是通过国际刑事法院本身的决定来发出的。规则第 103 条的程序是包括《罗马规约》缔约国和国际组织(以及非政府组织)在内的其他各方用于(也被邀请使用该程序)向国际刑事法院提出意见的同一机制。

322. 其次，在一个可能受到一些人的赞扬、但却遭到另一些人的批评的新做法中，国际刑事法院将学术论点和意见纳入其程序，即在口头听证期间，向学术界

<sup>583</sup> A/CN.4/691, 第 45-46 段; 见 *Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997 paras. 638-643, 650-655, 657-658, 669, 678-687, 694 and 696; Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001. Para. 519-537. 另见 *Prosecutor v. Krnojelac, Judgment, Case No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 March 2002, para. 58, footnote 197.**

<sup>584</sup> 见 *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998.*

<sup>585</sup> *Prosecutor v. Musema, Judgment, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 January 2000.*

<sup>586</sup> *Prosecutor v. Bagilishema, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001; Prosecutor v. Bagilishema, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002.*

<sup>587</sup> *Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment and Sentence, Case No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 December 2003; Prosecutor v. Nahimana et al., Judgment, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007.*

<sup>588</sup> *Prosecutor v. Gacumbitsi, Judgment, Case No. ICTR-2001-64-A, A.Ch. 7 July 2006.*

<sup>589</sup> *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva, Judgment, Case No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 December 2011.*

<sup>590</sup> *Prosecutor v. Seromba, Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 March 2008.*

<sup>591</sup> *Prosecutor v. Bikindi, Judgment, Case No. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 December 2008.*

<sup>592</sup> *Prosecutor v. Nzabonimana, Judgment, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014.*

<sup>593</sup> *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Judgment, Case No. ICC-o0//04/ol/o6, Trial Chamber I, 14 March 2012.*

提出具体问题并给它们时间，以便在各分庭辩论法律观点。<sup>594</sup> 这可以说给了某些充当中间人的学者相当大的影响力。

323. 最后，虽然难以就国际刑事法院在其最终判决中在多大程度上依赖它所邀请的学者的学术著作得出确切结论，但显然，受邀的学术界的观点至少被用来确认某些法律解释是正确的。例如，在关于国际刑事法院对危害人类罪要素的解释的辩论中，这一点就很明显。<sup>595</sup>

#### D. “各国权威最高之公法学家” 的含义

324. 如上所述，第三十八条第一项(卯)款规定，法院必须注意各国权威最高之公法学家学说。与确定法律规则必然相关的评估对象就是“公法学家”。后者，即学者，必须是权威最高的。这就引出了一个先决问题，即公法学家或学者究竟是谁？有趣的是，字典中“公法学家”一词的含义是“万国法或国际法方面的专家或著述者”。<sup>596</sup> 就委员会而言，在委员会的一个相关项目中，“公法学家”一词基本上使人想起同样的含义。<sup>597</sup> 在关于习惯国际法的识别的结论 14 的评注中，委员会解释说，该词“涵盖了其论著可阐明国际法问题的所有人”。<sup>598</sup> 似乎没有任何充分的理由背离这一理解。

325. 但显然，根据《国际法院规约》的明确规定，身为(国际法)领域的专家是一个必要条件，但并不是充分条件。这是因为有一个限定词，该词表明只能依靠权威最高的公法学家；用委员会的话来说(同时不排除其他人，也不将关注点从论著本身的质量上转移开)，这是一个强调“应该关注该领域知名人士的论著”的提法。<sup>599</sup> 尽管如此，归根结底，还有一点得到了澄清，即所涉论著的质量比著述者的声誉更重要。在评估质量时要考虑的因素包括，著述者所用方法及其论著的严谨性。

326. 上述理解被“公法学家”一词的词源所证实，该词部分源自法语。“公法学家”一词显然是在大约 18 世纪中期，在法国用来形容公法领域专家的。若该词按通常说法是指“著述者”，并与“作者”同义，那么以复数形式使用(即 *publicists*)，特别是与“学说”一词一起使用时，似乎意味着其意图不是为了依靠某一位作者，

<sup>594</sup> 关于提出涉及这种做法的公正性、代表性和合法性的问题的著作，见 Sarah Williams, Hannah Woolaver and Emma Palmer, *The Amicus Curiae in International Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021)。

<sup>595</sup> 这方面的一个例子，见 *Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, DeGuzman, Jalloh and Cryer*; Prosecutor v. Laurent Gbagbo, ICC-02-/11-01/11, 9 October 2013(对采取不必要的严格办法解释危害人类罪表示关切，并提出更广泛的解释)。

<sup>596</sup> “公法学家(Publicists)”，《牛津英语大辞典》(2013 年第 3 版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。

<sup>597</sup> 同上。

<sup>598</sup> 国际法委员会，使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段，[A/CN.4/710/Rev.1](#)，结论 14，第 4 段。

<sup>599</sup> 使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段，[A/CN.4/710/Rev.1](#)，结论 14，第 4 段。

而是为了依靠多位著述者的集体观点。<sup>600</sup> 后一种通常含义与上文讨论的起草历史相一致；在最初的建议以及随后在法学家咨询委员会的讨论中，侧重点是“其意见具有权威性的作者的一致学说”。<sup>601</sup> 此外，提及了“相符的学说”。<sup>602</sup> 一位作者认为，“似乎显而易见的是，[法学家咨询委员会]成员……可能仅想到了少数几位杰出著述者的论著，也许还有主要论文。国际法律论著呈指数级增长，是后来才发生的事。”<sup>603</sup>

327. 专家组是更具权威性的学说来源，这是理所当然的。在这方面，应该区分“私人”专家机构和“公共”专家机构。Sandesh Sivakmuran 认为，另一个看待这些实体的有用方法是，看它们是否是“国家授权的”。<sup>604</sup> 私人专家组的例子包括国际法学会、海牙国际法学院、国际法协会和哈佛法律研究所。后者，即国家授权的机构，最突出的例子也许包括独立专家机构的工作，这些机构从与国家的对话或互动中受益。<sup>605</sup> 关于后者的一个很好的例子就是红十字国际委员会，它在当代国际人道法的发展中发挥了重要作用。<sup>606</sup>

328. 尽管如此，此处建议的两部分的分类并非详尽无遗，甚至可能会有例外情况。一方面，可能有一些机构看起来既有公共机构的特点，又有私人机构的特点。另一方面，有些机构，例如国际法委员会或联合国国际贸易法委员会，与各国之间有着特殊关系，部分原因是它们的明确任务是协助各国编纂和发展国际法。考虑到后者的正式任务，最好将这些机构以及其他由国家设立的机构视为自成一类，而不是将其视为由学者组成的、创造学术成果的专家组。正如秘书处备忘录指出，

<sup>600</sup> 见 Omri Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law” *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 53 (2022), p.54 at p. 58.

<sup>601</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第323页。

<sup>602</sup> 《委员会议事录》，1920年6月16日至7月24日，第332和336页。

<sup>603</sup> Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law”, p. 57.

<sup>604</sup> 见 Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Colombia J. of Trans’l L.*, vol. 55 (2017), p. 351 (“国家授权的实体本质上是国家赋予其权利的实体，以履行特定职能”)。

<sup>605</sup> A. Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414 (2021), at p. 182; see also M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings” in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Paris, UNESCO and Dordrecht, Nijhoff, 1991), pp. 283–288, at pp. 283–284, 285; T. Treves, “The Expansion of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398 (2020), pp. 9–398, at p. 190.

<sup>606</sup> 红十字国际委员会被赋予了很高的权威，例如前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在 *Tadić* 案中关于辩方管辖权问题所提中间上诉动议的裁定(1995年10月2日)第109段所做的那样(“众所周知，红十字国际委员会一直非常积极地促进国际人道法的发展、执行和传播。从与我们有关的角度，即关于国内武装冲突的习惯规则的出现这一角度来看，红十字国际委员会通过呼吁武装冲突各方尊重国际人道法作出了显著贡献。……这表明红十字国际委员会促进和推动了将人道法一般原则扩大至国内武装冲突的工作。因此，红十字国际委员会在促使遵守国际人道法方面所取得的实际成果应被视为实际的国际惯例的一个要素；这是一个在习惯规则的出现或形成过程中起显著作用的要素。”)。

在委员会本身的工作中，对专家机构的重视超过了对学术成果的重视，从直觉上讲，这似乎也是正确的。

## E. “各国”的含义

329. 公法学家必须是“各国”的公法学家。“各个”<sup>607</sup>一词的同义词表示“不同、多样、若干和许多”，而国家显然是指组成国家的一个群体。委员会对《规约》中的这一用语做出了解释，“着重指出务必考虑”“可代表各主要法律体系和全球各区域以及各种语言的论著”。<sup>608</sup>

330. 努力要具有代表性，是源自国际法作为主要是规范各主权国家之间关系的法律体系的普遍性质，或者至少是普遍性的愿望。在起草《常设国际法院规约》时，国家的数目还不到今天的三分之一，而且似乎可合理地从中找出权威最高的公法学家的“无形国际法学院”<sup>609</sup>的多样性甚至还更少；但今天，法官在参考或考虑学术著作的情况下查阅世界各国著述者的论著，则是合乎情理之事。<sup>610</sup>这项要求并未被解读为法院在确定要适用的每一项细微法律规则的过程中必须审查数百名著述者的论著，这是明智的；但该要求确实意味着必须作出艰苦努力——比目前更加艰苦的努力——以便至少大致代表世界各国和各区域。

331. 上述论点符合为推动世界法院的代表性组成而拟订的规则，也符合第三十八条的其他规定，这些规定将国际法的形成与普遍同意的概念联系起来。<sup>611</sup>有人就此指出：“在考虑公法学家的学说时，非常有必要考虑到源自或盛行于世界各区域的意见；也正因为如此，除了单个的著作外，成员具有国际性的学术协会，如国际法学会的工作，有特殊的权威”。<sup>612</sup>

332. 与此同时，国际法院等国际性法院的规约可能说的是一回事，但国际性法院和法庭在援引方面的实际做法显示，某些观点和某些著述者的著作在国际性法庭中更为流行。这个问题可能会引起令人不愉快的对话。但特别报告员认为，应该正视这个问题，而非遮遮掩掩。就此举一个例子，在国际法院援引学者的罕见

<sup>607</sup> “各个(various)”，《牛津英语大辞典》(2013年第3版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。

<sup>608</sup> A/CN.4/710/Rev.1，结论14，第4段。

<sup>609</sup> Oscar Schachter, “The Invisible College of International Lawyers” NULR, vol. 72 (1977), p. 217. 但是，见 A Peters, ‘International Legal Scholarship under Challenge’, in J d’Aspremont, T Gazzini, A Nollkaemper & W Werner (eds) *International Law as a Profession* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017) at p. 119 (认为无形学院可被理解为“发达国家学者组成的精英学院，在这所学院里，来自所谓的全球南方的学者被永久降格为学生。”)。

<sup>610</sup> 国际联盟成立时有41个成员。至其解散时，成员已增至63个。虽然这意味着世界上大多数国家都是其成员，而且尽管它有普遍性的愿望，但却未能实现这一目标，原因是许多国家被殖民。常设国际法院有审理涉及45个国家的争端的管辖权。

<sup>611</sup> M. Virally, “The Sources of International Law” in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (London, Macmillan, 1968), pp. 116-174, at p. 153.

<sup>612</sup> 同上。

情况下，往往基本引用同一批著述者。据报，被引用最多的 10 位著述者均来自西方国家，而且都是男性。<sup>613</sup>

333. 当然，James Thuo Gathii<sup>614</sup> 和 Anthea Roberts<sup>615</sup> 等批判性学者指出了更为根本的问题，他们对国际法在多大程度上可被视为真正具有国际性(不仅是历史上的法律发展方式上，而且是有关国际法的知识的创造方式上)提出了质疑。那些对在国际法院的辩论产生影响的从业人员往往来自特定区域。在有关国际法院的前 50 年(1948 年至 1998 年)的一个实证研究中，<sup>616</sup> 学者们多年前就指出，来自经济合作与发展组织国家的律师在国际法院的诉讼案件中占主导地位。许多年后，在美国人琼·多诺霍法官担任院长时，<sup>617</sup> 国际法院的律师的代表性问题似乎更为突出，现在这个问题似乎是法院官员关于代表性问题的谈话的一部分。具有讽刺意味的是，在此之前的几十年里，大多数来自非洲、亚洲、中东和拉丁美

<sup>613</sup> 在对学说以及学说在最高法院的应用的一项重点研究中，Helmersen 指出，被引用最多的十位著述者是 Shabtai Rosenne、Hersh Lauterpacht、Gerald Fitzmaurice、Manley O. Hudson、Lassa Oppenheim、Robert Jennings、Charles de Visscher、Ian Brownlie、Arthur Watts 和 Julius Stone。大多数著述者是英国或美国国民。当作者将研究范围扩大，以确定前 40 名被引用次数最多的人时，就多样性而言，这一数字仅略有改善。在这 40 个人中，仅有一人(Eduardo Jimenez de Arechaga)来自一个全球南方国家——乌拉圭。所有其他人均来自西欧和其他国家集团。见 *The Application of Teachings by the ICJ*。

<sup>614</sup> James Thuo Gathii, “The Promise of International Law: A Third World View” Grotius Lecture Presented at the 2020 Virtual Annual Meeting of the American Society of International Law (29 August 2020).

<sup>615</sup> 欲了解一本质疑有关国际法的普遍性的正统观念的富有启发性的书，见 Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017)。

<sup>616</sup> 例如见 Kurt Taylor Gaubatz and Matthew MacArthur, “How International is International Law?”, *Michigan J. of Int’l Law*, vol. 22 (2001), p. 239(指出“西方对国际法院的国际法律实践的垄断的程度，并认为这种支配地位表明‘国际’法并不像其名称所暗示的那样具有国际性”：“西方对国际法律实践的支配对任何研究过国际法院诉讼程序的人来说都不会感到惊讶”)。Gaubatz 和 MacArthur 的以下说法受到质疑，即西方律师在国际法院案件中的比例过高，部分原因是发展中国家缺乏具有在国际法院提起诉讼的足够专门知识的律师。见 James Thuo Gathii, “Decolonizing the ICJ Mafia” (未出版的手稿，原件在作者处，将于 2023 年出版)。最近的实证研究包括 Shashank P. Kumar & Cecily Rose, “A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999-2012,” *Eur. J. Int’l L.*, vol. 25 (2014) 893。

<sup>617</sup> 琼·多诺霍，国际法院院长，《国际法院成立 75 周年之际的反思》，《联合国纪事》(2021 年 4 月 16 日)，<https://www.un.org/en/un-chronicle/reflections-75th-anniversaryinternational-court-justice> (上次访问日期为 2023 年 2 月 11 日)，(“然而，每当我凝视代表当事方的代表团时，我都惊讶地发现，他们的组成与 1945 年聚集一堂起草《联合国宪章》和《法院规约》时的群体太相似了。很少有律师来自发展中国家，几乎所有律师，无论国籍，均为男性。”)。

洲的法官<sup>618</sup> 和学者<sup>619</sup> 一直在质疑, 在没有切实考虑到全球南方的观点的情况下, 普适主义者有关国际法的主张能在多大程度上持续。<sup>620</sup>

## F. “辅助手段” 的含义

334. 关于第三十八条第一项(卯)款“作为确定法律原则之补助资料者”这一用语, 特别是“补助资料”一词, 有理由提出三点简短的评论。第一, “*subsidiary*”一词借用自拉丁语“*subsidiaries*”, 指提供帮助之物, 即“从属的”、“补充的”或“次要的”, “辅助品或附属物; 提供额外支持或帮助之物; 辅助物, 援助”;<sup>621</sup> 而第二个词“手段”是指“中介物或工具”; “被插入之物或介入之物”。<sup>622</sup> 这些术语的主要含义暗示着其他事物的存在, 与辅助的事物形成对比, 例如“首要”手段或“主要”手段等词。但《规约》中没有列入上述任何一个可供选择的词。就我们的目的而言, 同某些著述者一样, 我们可以使用“首要”或“主要”。Schwarzenberger 注意到了这一点, 认为辅助类别的存在意味着“必然存在确定法律规则的主要手段”。<sup>623</sup>

335. 第二, 而且更具实质性的是, 法文版的辅助手段(*moyen auxiliaire*)突出强调这些手段的补充性质。这表明(若非证实), 司法判决和学说在地位上都次于第三十八条第一项(子)款至(寅)款所列的主要手段, 即条约、习惯或一般法律原则。换言之, 司法判决和学说是辅助的, 因为它们本身并不是渊源。无论如何, 在该类

<sup>618</sup> 关于对这一问题的早期批评意见, 见 Christopher Weeramantry, “A Response to Berman: In the Wake of Empire,” in Weeramantry & Nathaniel Berman, *The Grotius Lecture Series*, vol. 14, *Am. U. Int’l L. Rev.* (1999), p. 1555, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=auilr> (最近一次访问时间是 2023 年 2 月 11 日)。

<sup>619</sup> 见 Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty And International Law* (2005); Alejandro Alvarez, *American Problems In International Law* (Michigan: Gale Publising, 1909); R. P. Anand, “New States and International Law” *JILL*, vol. 15(3) (1972), pp. 522-524; Wang Tieya, “The Third World and International Law” in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law* (The Hague: Martinus Nijhof, 1983); Onuma Yusaki, *International Law In A Transcivilizational World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Georges Abi-Saab, “The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline”, *Howard L.J.* vol. 8 (1962) p. 95; Mohammed Bedjaoui, *Towards A New International Order* (New York: Holmes & Meier Publishing, 1976); Taslim O. Elias, *Africa and the Development Of International Law* (Netherlands: Martinus Nijhof, 1974); B.S Chimni, *International Law And World Order: A Critique Of Contemporary Approaches*, 2<sup>nd</sup> ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Upendra Baxi, *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Christopher G. Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage Under International Trusteeship* (Oxford: Oxford University Press, 1992); Cynthia Farid, “Legal Scholactivists in the Third World: Between Ambition, Altruism and Access,” *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33 (2016), p.57。

<sup>620</sup> 关于解释第三世界国际法方法的起源并汇编了有用入门书目的有益文章, 见 James T. Gathii, “TWAAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography” *Trade L. and Dev.*, vol. 3 (2011), p. 26。

<sup>621</sup> “辅助的(Subsidiary)”, 《牛津英语大辞典》(2013 年第 3 版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。

<sup>622</sup> “手段(Means)”, 《牛津英语大辞典》(2013 年第 3 版)。可查阅 [www.oed.com](http://www.oed.com)。

<sup>623</sup> Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, p. 122.

别的两种“辅助手段”之间，似乎并未在司法判决和学说之间作正式区分。著述者就此表达了不同意见。有些著述者认为两者同等重要，没有任何有意义的规范性差异。但其他著述者则认为司法判决更为重要，而学说则没有那么重要。这种辩论带来了一些实际后果。

336. 例如，Fitzmaurice 和 Schwarzbenger 都对学说表示怀疑并支持司法判决。前者的著名论点是：“[一项]判决是事实；而一项意见，无论多有说服力仍是意见”。<sup>624</sup> 他接着指出，并不是司法判决在本质上必然比学术成果更有分量，而是它们“对国际生活的现实有更直接的即时影响”。<sup>625</sup> 因此，他得出结论认为，使司法判决“与最具权威的公法学家的学说处于同一地位，甚至将其共同称为‘确定法律原则之补助资料者’是错误的”。<sup>626</sup> 他认为，与司法判决相比，学说这一措辞“极不恰当”；他认为学说永远不可能成为辅助的确定手段。<sup>627</sup> Schwarzenberger 认为，必须谨慎对待第三十八条第一项提及公法学家学说的做法，称学者被赋予了“被夸大的地位”。<sup>628</sup>

337. 第三，特别报告员今后的报告可能会讨论这个问题，但一些著述者认为，第三十八条第一项(卯)款中“补助”一词的限定，“有助于限定与作出裁断的法院或法庭有关的手段”。<sup>629</sup> 这是因为，“如果法院或法庭通过直接手段，例如通过司法解释来确定法律规则，则这种手段可被定性为‘主要’手段”。<sup>630</sup> 另一方面，如果法院或法庭在核实是否存在一项规则的过程中“依赖间接手段”，这种手段就可被视为“辅助”手段。<sup>631</sup> 换言之，司法判决和学说都只能用于“解释条约，以及确定习惯国际法或一般法律原则的内容”。<sup>632</sup> 在辅助手段类别内也可以适用这种办法，从而使“学说也能用于确定其他辅助手段的内容，并进而用该内容来解释条约或确定习惯国际法或一般法律原则的内容”。<sup>633</sup>

<sup>624</sup> Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law” in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2021)pp. 476- 496 at p. 494.

<sup>625</sup> Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

<sup>626</sup> 同上，第 495 页。

<sup>627</sup> 同上。

<sup>628</sup> Georg Schwarzenberger “The Inductive Approach to International Law”, *Harvard Law Review*, vol. 60, (1947), p.539 at p. 560.

<sup>629</sup> A.Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *Eur. J. Int. Law*, vol. 24(2) pp. 649-661 p. 650.

<sup>630</sup> 同上，见第 656 页。

<sup>631</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, at p. 27.

<sup>632</sup> 同上。

<sup>633</sup> 同上。

338. 最后，正如秘书处备忘录所解释的那样，委员会在习惯国际法的识别专题以及一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论和评注的案文中，都详细阐述了“辅助手段”一词的含义。<sup>634</sup>

#### G. “确定法律规则”的含义

339. “确定法律规则”一语，如果与指示国际法院适用条约、习惯法和一般法律原则的第三十八条第一款起首部分一起阅读，基本上是该条款的最终目标。早先的术语谈及的是这一进程的早期阶段。在这方面，如上文所讨论的那样，案文给予司法判例和学说这两个类别“确定法律规则的辅助手段”的地位(强调是后加的)。就该条款的普通含义而言，司法任务是明确的：确定将予以适用的法律规则。在考虑它作为名词形式的“确定(determination)”和作为动词的“确定(determine)”时，“确定(Determination)”具有双重含义。作为一个名词，它可以指的是“弄清”(一种弄清该原则是什么的方法，一项证据)。

340. 根据这一含义，Shahabuddeen 认为，“‘确定(determination)’仅限于查明现行法律有何规定意义上的确定”。他根据法学家咨询委员会的编撰历史指出，“因此，论点很有力，认为‘确定法律规则’的提法设想的是一项仅仅阐明现行法律而不是产生新法律的决定”。<sup>635</sup>

341. 但“确定(determine)”作为一个动词可以指“决定”(制定法律)。<sup>636</sup> 确定(To determine)就是“通过观察、检查、计算等明确地查明”。它也可以指“果断地或权威地制定，宣布，声明，陈述”或“事先解决或固定；颁布法令”。<sup>637</sup> Shahabuddeen 认为，上文所述“确定(determine)”一词的含义可能适用于此，但不一定会被接受，他指出，“在法律背景下，该含义不限于找到或发现已经存在的东西；它可能包括产生一种新的法律现象。这是这个词在法律文件中经常使用的方式；但就‘确定(determination)’而言，所确定的事项在法律上可能并不存在”。<sup>638</sup> 意思上的差异可能正好反映了制定法律和确定法律之间的细微差别，Jennings 认为这两者之间的差异“是程度上的而不是种类上的”。<sup>639</sup> 鉴于上述情况，Shahabuddeen 的结论是，“《规约》第三十八条第一款(卯)项提到的‘确定法律规则’，似乎可以理

<sup>634</sup> 《秘书处的备忘录》，A/CN.4/759，意见2，第17-20段。

<sup>635</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77。

<sup>636</sup> M. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (1998), pp. 155-410, at p. 202, footnote 95, also E. Roucouas, “Rapport entre ‘moyens auxiliaires’ de détermination du droit international”, *Thesaurus Acroasium*, vol. 19 (1992), pp. 259-284, at p. 263。

<sup>637</sup> “确定(Determine).”《牛津英语词典》(第二版，1989年)，四，第550页。

<sup>638</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77。

<sup>639</sup> R.Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 341。

解为包括依据国际法院本身根据先前的司法判例或公法学家的著作作出的判决，确定新的法律规则。”<sup>640</sup>

342. 第三十八条指示国际法院“适用”司法判例和学说，作为确定法律规则的辅助手段。在这方面，第三十八条的起草显然存在冲突，因为《规约》告诉国际法院适用司法判例和国际法学家的学说，同时还告知国际法院将其用作确定法律规则的手段。<sup>641</sup> 严格地说，这一类别并不包括法院适用的要素：相反，它有助于法院查明第三十八条第一款(子)项至(寅)项所列举的渊源。<sup>642</sup>

343. 看来，与前三项，即(子)至(寅)项相比，第三十八条第一款(卯)项标志着语域的改变。<sup>643</sup> 前三项所述的法律的正式渊源是来源，而最后一项则涉及“确定法律规则的手段”，也就是证明其存在和内容的证据。司法判例和学说并不产生法律规则：可以说它们只是在下游发挥作用，以协助确定法律规则的存在和协助解释。<sup>644</sup> 换句话说，这两个类别都适用，但只是作为确定条约规则、习惯法规则或一般法律原则或构成实在法的另一义务渊源是否存在的工具。<sup>645</sup>

## H. 特别报告员关于辅助手段要素的意见

344. 虽然特别报告员打算在以后的报告中视需要重新讨论上述一些问题，但现在他希望根据有关辅助手段的案文和实践提出一些暂定的意见。

345. 首先，正如第三十八条的文本所确认的那样，辅助手段不是渊源，至少不是像该条所列的前三个渊源那样的正式意义上的渊源。正如 Rosenne 所指出的那样，第一款(卯)项中的辅助手段是“可以从中提取(子)、(丑)和(寅)项中的规则的仓库”。<sup>646</sup> 在这个意义上，司法判例和学说并不是法律本身的渊源。相反，它们是“文件‘渊源’，表明国际法院可以在哪里找到它因其他三项而必须适用的规则的存在证据”。<sup>647</sup>

<sup>640</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 78.

<sup>641</sup> P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, *Br. Yearb. Int. Law*, vol. 45 (1971), pp. 79-135 at p. 118.

<sup>642</sup> P. Tomka, “Article 38 du Statut de la CIJ: *incomplet*” in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39-42, at p. 40.

<sup>643</sup> Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 414 (Leiden: Sijthoff, 1967), pp. 9-547, at p. 181.

<sup>644</sup> 同上。

<sup>645</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 29.

<sup>646</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 1553. There is increasing empirical studies clarifying the practice of the ICJ and other international tribunals. See, for instance, Ridi, “The Shape and Structure of the ‘Usable Past’: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication”, 10 *Journal of International Dispute Settlement* (2019) 200; and Alschner and Charlotin, “The Growing Complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, 29 *European Journal of International Law* (2018) 83.

<sup>647</sup> Pellet and Müller, “Article 38”, p. 854.

346. 尽管如此，在实践中，如上文所示，与学说相比，包括国际法院在内的法院确实更依赖其先前的司法判例。这很自然。毕竟，法官在解决一个新的争端时没有必要重新发明轮子。事实上，先前的判例“经常被用来确定或阐明一项法律规则，而不是用来制定这样一项规则，也就是说，与其说是具有约束力的先例的质量，不如说是具有说服力的影响”。<sup>648</sup> 正如 Lauterpacht 指出，“许多司法立法行为实际上可能是在确定国际习惯法的幌子下完成的”。<sup>649</sup> 尽管第五十九条规定了明显的形式限制，即国际法院之裁判除对于该特定案件的当事国外，无拘束力，但情况仍是如此。“国际法院在发展国际法方面的作用有某种模糊性——一方面《规约》排除遵循先例，而另一方面，人们接受国际法院在发展国际法方面具有中心作用”。<sup>650</sup> 事实上，通过实践，“司法判例的不断增加正在创造一个目前相当大的判例法体系”。<sup>651</sup> 不仅如此，“这样做的效果是往第三十八条第一款(卯)项的明显僵化中加入了合理的修改”。<sup>652</sup> 这一后果已延伸到其他国际性法院。

347. 事实证明，国际法院和其他法庭使用以前的司法判例对它们甚至对国家、<sup>653</sup> 对在编纂和逐步发展国际法方面发挥作用的其他机构，如联合国大会(例如，它在国际法委员会工作的基础上通过了纽伦堡原则，该原则主要依靠一个法庭的规约和判决)、国际法委员会本身(它在很大程度上借鉴了常设国际法院和国际法院的裁决)、联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)以及国家法院的标准制定有影响。<sup>654</sup> 相反，“国际法院显然无视法律学说的一个例外是：国际法院的判决和咨询意见越来越多地诉诸国际法委员会的工作，以便解释委员会拟订的编纂公约，或通过援引委员会的条款草案来证明习惯规则的存在”。<sup>655</sup>

348. 第二个初步意见与上述观点有关，即作为一个理论问题，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项将司法判例和学说这两个辅助渊源置于同等地位。这两者之间没有区别，因为在1920年起草阶段，至少法学家咨询委员会的一些成员认为，两者都可以作为证据渊源，说明实在法规则的存在与否。然而，就学说而言，实践似乎表明，相对于个人意见，学说在多数判例中被引用的频率很低，与司法判例相比，学说的重要性相对较低。事实上，有些人质疑将两者放在同一水平是否合适。<sup>656</sup> 但是，尽管可以令人信服地辩解它们不应该被置于同一水平，但 Pellet

<sup>648</sup> Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1609.

<sup>649</sup> Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368.

<sup>650</sup> Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law”, p. 70.

<sup>651</sup> Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

<sup>652</sup> 同上。

<sup>653</sup> 见秘书处备忘录，[A/CN.4/759](#)，意见 32，第 137-138 段。

<sup>654</sup> Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1617.

<sup>655</sup> Pellet and Müller, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, “Article 38”, p. 792.

<sup>656</sup> 见 Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pp. 496.

正确地指出，那些反对将司法判例和学说放在同一水平上的批评在智力上是错误的：“抽象地说，两者履行相同的功能；它们是确定某项规则具有法律性质的手段，因为它涉及到正式的法律渊源。然而，具体而言，它们肯定不能被同化；虽然这一理论在这方面发挥谨慎(但可能有效)的作用，但国际法院对判例的使用实际上远远超出了‘辅助手段’一词的含义”。<sup>657</sup>

349. 第三十八条尽管遭到各种批评，但它“对国际法和国际裁决法的发展产生了无可置疑的影响”。<sup>658</sup> 正如 Sørensen 就第三十八条和国际法之间的所谓一致性所表达的那样，共同点已经因第三十八条的存在及其固有的权威而得到巩固。<sup>659</sup>

350. 最后，关于这一问题，特别报告员欢迎委员会成员就这些初步意见的影响，特别是辅助手段与主要渊源之间的关系发表意见。

---

<sup>657</sup> Pellet, “Article 38”, p. 784.

<sup>658</sup> 同上，见第 69 页。另见 Charles Rousseau, *Droit International Public*, Tome 1 (Paris: Sirey, 1970), at p. 59; Max Sørensen, *Les sources du droit international: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, (Copenhagen: Einar Munksgaard, 1946), p. 40.

<sup>659</sup> Sørensen, *Les sources du droit international*, p. 40: 'la concordance prétendue entre cet article et le droit international commun s'est consolidée en vertu de l'existence même de l'article 38 et de son autorité inhérente'.

## 九 确定国际法规则的其他辅助手段

### A. 第三十八条的非穷举性引起了是否存在其他辅助手段的问题

351. 根据前面各章,《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项基本上规定,“司法判例”及“各国权威最高之公法学家学说”,应作为“确定法律原则之补助资料者”来加以适用,这一点现在必须得到公认。然而,这种确定法律规则的辅助手段并不明确限于司法判例和学说。这是因为--如在讨论起草历史时所述--第三十八条第一款是对法院的指示,不一定是对国际法渊源的详尽列举。

352. 由于第三十八条并非详尽无遗,亦从未打算详尽无遗,因此便会出现一个问题,就是还有什么其他的法律渊源。而且,一旦确定了这些其他的法律渊源,就可以考虑其中哪些类似于第一款(子)至(寅)项中的正式渊源,哪些属于第一款(卯)项下的辅助手段。如果有一些可能属于后一类别,即辅助手段,那么进一步的关切应该是,这些手段是否可以在本专题的范围内加以审议。

353. 至少可能有两种观点。首先,为了使委员会能够通过努力澄清辅助手段在确定国际法规则方面的地位来增加国际法的价值,应该进一步审议《国际法院规约》中没有明确提到的辅助手段。这些并非凭空而来。相反,它们是在国际性的法院,特别是作为联合国主要司法机关的国际法院的实践中具体和可以确定的原则。相反,也可以提出这样的论点:即使在查明了各国援引的其他辅助手段之后,第三十八条第一款(卯)项中没有明确提到的那些辅助手段也可被视为不属于本专题的范围。

354. 总的来说,考虑到第三章中对本专题采取狭义或广义范围的两种可能途径的讨论,特别报告员现在将以完全透明的方式简要(由于篇幅的原因)论述可能考虑确定国际法规则的其他辅助手段的基础。因此,为了从委员会成员那里得到反馈,他将在下文中介入一些有益的背景情况,这些情况应有助于就这一重要问题绘制出前进的道路。在关于这一问题的辩论取得结果之前,首先让第六委员会的成员和国家有机会交流看法,他认为不宜拟订任何结论草案。

### B. 既定类别中其他辅助手段的范围

355. 关于什么可能被视为国际法的其他渊源,文献中给出了各种候选者。鉴于第三十八条第一款的性质,这并不奇怪。学术界的主要例子据说是单方面行为、国际组织的决议或决定、国家与国际企业之间的协定、宗教法(包括伊斯兰教规和伊斯兰教法)、衡平法和软法。<sup>660</sup> 问题是,其中哪些(如果有的话)属于渊源类别,渊源类别中又有哪些属于辅助性的,从而可能属于本专题的范围。这里有两个层次的论证。在第一个层面上,可以考虑哪些辅助手段属于或不属于第三十八条第一款的范围,这取决于对“司法判例”和“学说”的解释有多广泛。在第二个论证层面,如本报告第六章所述,这将取决于人们在多大程度上接受 Fitzmaurice 的

<sup>660</sup> Thirlway, *The Sources of International Law* (2nd edition, Oxford University Press, 2019), p. 24-34.

论点，即国际法学家注重义务的渊源而不是法律的渊源，是在确定能够约束作为国际法主要主体的国家的规则方面可能会行得通的更有希望的途径。

356. 迄今为止，在本报告前一部分，司法判例被定义为国际性法院和法庭的判决以及在诉讼过程中发布的咨询意见和附带命令。它们还包括国内和区域法院关于国际法问题的裁决。学说通常是指学者的作品，无论是单独还是作为组成专家组的撰写者群体的一部分而撰写的。尽管如此，国家法院的司法判例一般被认为属于第三十八条第一款(卯)项的范围。<sup>661</sup> 司法判例和公法学家的学说，在某些情况下，可以说“与个别法官单独的不同意见实际上是趋同的或重叠的”。<sup>662</sup>

357. 由国家授权或更好的是由国家创建的机构，如委员会，编写的案文，应与“国际法学家的学说”分开考虑。这些案文是在官方机构的主持下编写的，可能反映了国家和(或)其代表对工作的参与。这使它们有别于“国际法学家的学说”。<sup>663</sup> 当然，尽管可能是官方角色，但专家的声明并不是“司法判例”。因此，它们不符合第三十八条第一款的规定。由于它们一般不创造，但有时确实阐明或推导出可以说是对国家有约束力的规则，且不是在具体案件中发布的，因此，它们可以被认为是确定国际法规则的辅助手段。

358. 委员会 1949 年《关于国际法委员会编纂工作的国际法概览》认为，国际法委员会的一些案文“至少属于第三十八条所述最资深的国际法学家的著作类别”，但补充说，“它们的权威要高得多”，部分原因是“联合国的资源”。<sup>664</sup>

359. 特别报告员《关于习惯国际法的识别的第三次报告》在“著作”标题下讨论了国际法委员会的案文，<sup>665</sup> 但后来的习惯国际法结论草案(一读通过)没有这样做。<sup>666</sup> 评注中确实说过，委员会的著作在确定习惯国际法的背景下“值得特别考虑”，<sup>667</sup> 但在关于国际法学家学说的结论草案下没有提到这些著作。<sup>668</sup> 一些作

<sup>661</sup> E.g. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 140, but see Pellet and Müller, “Article 38”, in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 954.

<sup>662</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 133.

<sup>663</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 38-39.

<sup>664</sup> 《与国际法委员会编纂工作有关的国际法概览：根据，〈联合国国际法委员会章程〉第 18 条第 1 款的规定进行的筹备工作——秘书长提交的备忘录》，A/CN.4/Rev.1，第 16 页。

<sup>665</sup> Michael Wood, Third report on identification of customary international law, A/CN.4/682, paras. 55-67.

<sup>666</sup> 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第五章，第 111-112 页。

<sup>667</sup> 《2018 年年鉴》，第二卷(第二部分)，第 104-105 页。

<sup>668</sup> 同上，第 110 页。

者认为国际法委员会的著作是学说，<sup>669</sup> 而另一些作者则持相反的观点。<sup>670</sup> 还有一些人似乎不确定。<sup>671</sup>

360. 委员会对自己的著作有自己的看法。根据其任务规定，它不认为这些著作是学说，更不认为它们是司法判例。但它的产出被赋予了一定的权威性。在这方面，委员会在关于习惯国际法的识别的结论第五部分的一般性评注中谈及了这一问题。<sup>672</sup> 委员会认为这涉及到其本身的授权任务是协助各国逐步发展和编纂国际法、作为联合国大会的一个附属机构的地位、全面的工作方法和与大会的密切互动等相关的考虑因素(尽管从其著作中得出的最终权重将取决于若干其他因素)。

361. 诚然，委员会有着特殊的任务授权，并确实产生了多个文件，包括特别报告员的报告以及全体委员会的建议和结论。其审议进程的最后结果，无论是条款草案、原则草案还是结论草案，往往被赋予一定的权威。特别报告员的报告在性质上比委员会集体通过的文本更接近于学说。即便如此，特别报告员的报告是在官方机构的主持下编写的，往往至少是根据非正式的授权编写的，这可能使它们有别于正常的“国际法学家的学说”。<sup>673</sup> 然后由全体委员会对这些报告进行辩论，并将辩论结果报告给各国，各国可就这些结果发表意见。

362. 还有许多其他由国家设立的机构。这些机构包括贸易法委员会和根据多边人权条约设立的条约机构(人权事务委员会、<sup>674</sup> 经济、社会及文化权利委员会、<sup>675</sup>

<sup>669</sup> E.g. Michael Wood, "Teachings of the most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute) in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, (2017) para 11; American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3d ed. (Philadelphia, PA: American Law Institute Publishers, pg. 38; Fernando Lusa Bordin, "Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law", *ICLQ*, vol. 63 (2004), p. 535 at p.537。

<sup>670</sup> G. Fitzmaurice, "The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law" in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973) p.203 at p. 220。

<sup>671</sup> André Oraison, "L'Influence des Forces Doctrinales Académiques sur les Prononces de la C.P.J.I. et de la C.I.J." *RBDI*, vol. 32 (1999) p. 205 at 208; J Dugard and D Tladi "Sources of International Law" in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28-48 at 37-38; Borda, "A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals", p. 656-657。

<sup>672</sup> 关于习惯国际法与评注的识别的结论，《2018年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第149页。

<sup>673</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 39。

<sup>674</sup> 《公民及政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第171页。

<sup>675</sup> 《经济社会文化权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第993卷，第171页。

消除种族歧视委员会、<sup>676</sup> 禁止酷刑委员会、<sup>677</sup> 消除对妇女歧视委员会、<sup>678</sup> 儿童权利委员会、<sup>679</sup> 移民工人问题委员会、<sup>680</sup> 强迫失踪问题委员会<sup>681</sup> 和残疾人权利委员会<sup>682</sup> )。这些专家机构发挥各种职能,包括通过发表一般性意见和在某些情况下听取个人对国家提出的申诉等方式,对各国根据有关文书承担的义务作出权威性解释。委员会《关于与条约的解释有关的嗣后协定和嗣后惯例的结论》认为,这些条约机构的工作“可能产生或提及《维也纳条约法公约》第三十一条第三款所述的缔约国嗣后协定或嗣后惯例,或第三十二条所述的嗣后惯例”。<sup>683</sup>

363. 人权理事会特别程序的报告也可算作国家设立的机构。还有国家或国际组织设立的区域编纂机构,如美洲法律委员会、亚非法律协商组织、国际公法法律顾问委员会和非洲联盟国际法委员会。

364. 相比之下,国际法学会等私人机构编写的文本应被视为“学说”。<sup>684</sup>

365. 红十字国际委员会声称具有“混合性质”,<sup>685</sup> 它是一个在瑞士注册的“私人协会”,但其“职能和活动”是“由各国组成的国际社会授权的”。<sup>686</sup> 国家在红十字委员会案文的制定方面几乎鲜有作用(如果有任何作用的话)。<sup>687</sup> 作为起点,红十字委员会提出的案文可以被称为“国际法专家的学说”。<sup>688</sup> 这是英国上诉法院在 *Serdar Mohammed* 等诉国防大臣案中所持的观点,该法院在此案中认为,“红十

<sup>676</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1966年3月7日,纽约),联合国,《条约汇编》,第660卷,第1页。

<sup>677</sup> 禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年12月10日,纽约),联合国,《条约汇编》,第1465卷,第85页。

<sup>678</sup> 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年12月18日,纽约),联合国,《条约汇编》,第1249卷,第1页。

<sup>679</sup> 《儿童权利公约》(1989年11月20日,纽约),联合国,《条约汇编》,第1577卷,第3页。

<sup>680</sup> 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990年12月18日),《联合国条约汇编》,第2220卷,第3页。

<sup>681</sup> 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006年12月20日),《联合国条约汇编》,第2716卷,第3页。

<sup>682</sup> 《残疾人权利公约》(2006年12月13日,纽约),联合国,《条约汇编》,第2515卷,第3页。

<sup>683</sup> 《2018年年鉴》,第二卷(第二部分),第25页。

<sup>684</sup> 结论14第5段在讨论“学说”时列入了“从事国际法编纂和发展的国际机构的产出”。

<sup>685</sup> Gabor Rona,“The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC(17 February 2004) <[icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm](http://icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm)>。

<sup>686</sup> Gabor Rona,“The ICRC’s status:in a class of its own”,ICRC(17 February 2004)<[icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm](http://icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm)>; similarly Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, 2007), p. 204-205。

<sup>687</sup> Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), p. 205。

<sup>688</sup> Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar 2012) p. 115。

字委员会的机构观点也可视为‘各国最资深的国际法学家的学说’，因此，它们可作为确定国际法规则的辅助渊源：《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项”。<sup>689</sup>

366. 除国际法学会外，其他私人专家机构包括国际法协会、哈佛研究所、美国法学会和阿西尔研究所。它们都经常发表不同类型的产出，而美国法学会则发表关于包括国际法在内的各种专题的以前的权威性重述。

367. 如秘书处备忘录所详述，委员会在工作过程中提到了上述大多数机构。在某些情况下，委员会依靠或依赖它们的研究结果，在某些情况下不同意它们的研究结果。特别报告员的著作中也提到了这些机构。例如，《关于一般法律原则的第二次报告》认为，“在确定国家法律体系共同原则的存在和内容时，还考虑了公共和私人编纂倡议。”<sup>690</sup>

### C. 辅助手段的潜在候选者

368. 如前所述，根据实践，国际法有各种可能的渊源，我们关心的是确定各国根据国际法承担的具有约束力的法律义务的基础。如前所述，为了就这一问题展开辩论，以下各段依次简要讨论了文献中常见的两个较普通的例子，身为国家的单方面行为的那些行为，包括国家官员作出的可能引起法律义务的声明；以及国际组织的决议和决定，两者都是司法判决中可以而且已经承认的义务的基础，正如本报告前文所述，这可以被认为是重要的来源。

369. 关于单方面行为，作为一个理论问题，其可被视为国家义务的主要来源，也可以被视为确定法律规则的辅助手段。当然，单方面行为可以对国家具有约束力，国际法院在核试验案中确认了这一点。国际法院表示，“通过单方面行为作出的关于法律或事实情况的声明可以具有构成法律义务的效力”。<sup>691</sup> 虽然这一点在国际法院的一项裁决得到承认，但问题是该裁决本身是否可被视为确定一项国际法规则是否存在及其内容的辅助手段。

370. 委员会《适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》也有同样的前提，因为第一项指导原则将此视为其出发点：“公开作出的并显示受约束意愿的声明可具有创立法律义务的效力”。<sup>692</sup> 由于此类声明具有法律约束力，在某些条件得到满足时，它们不应被视为辅助手段”。比较合理的观点可能是，它们不属于第三十八条第一款的范围。<sup>693</sup> 特别报告员初步认为，这些在《国际法院规约》第三十八条第一款中可能没有自然的地位。它们甚至可以被视作“未完成的

<sup>689</sup> *Serdar Mohammed* 等诉国防部长[2015年]EWCA Civ 843, 第171段。

<sup>690</sup> 国际法委员会，关于一般法律原则的第二次报告，A/CN.4/741, 第55页，第180段。

<sup>691</sup> 核试验(澳大利亚诉法国；新西兰诉法国)，判决书，《国际法院案例汇编》(1974年)，第253和457页，第43段和第46段。另见东格陵兰的法律地位，判决书，常设国际法院，A/B辑，第53号，第22、73页。

<sup>692</sup> 《2006年年鉴》，第二卷(第二部分)，第161页，第176段。

<sup>693</sup> E.g. Alain Pellet and Daniel Müller, “Article 38”, in Andreas Zimmermann and others (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 853.

条约”，<sup>694</sup> 或更广泛地说，在某些情况下被视为法律义务的渊源。作为具有约束力的法律义务的渊源，它们为什么必须被定性为辅助手段，而不是国际法的主要渊源，这似乎不清楚。因此，考虑到委员会以前就这一专题开展的工作，侧重于确定国际法规则的辅助手段的本研究报告，可能没有必要列入国家根据国际法承担的义务的此类可能渊源。

371. 国际组织或政府间会议通过的决议或决定的规定可以具有约束力，也可以不具有约束力。如果决议的规定具有约束力，它们将成为对有关国家具有约束力的义务的渊源。在这方面，众所周知，安全理事会的某些决议对联合国会员国具有约束力。这所依据的是对《联合国宪章》第七章和第二十四条和第二十五条的规定的实施，即会员国“同意接受并履行安全理事会之决议”。安全理事会还有一些决议可能不具约束力，例如，根据《联合国宪章》第六章通过的决议可能产生其他法律效力。将决议分为有约束力和无约束力的决议会对联合国会员国产生法律后果，就有约束力的决议而言，涉及《宪章》第一百零三条，该条规定，在《宪章》下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，在《宪章》下之义务应居优先。安全理事会决议不是条约，尽管它们的约束力来自条约。<sup>695</sup>

372. 联合国大会作为联合国的全体会议机关，可根据《联合国宪章》第十至第十四条就各种问题通过决议。第十条授权大会“得讨论本宪章范围内之任何问题或事项，或关于本宪章所规定任何机关之职权”；并“得向联合国会员国或安全理事会或兼向两者，提出对各该问题或事项之建议”。<sup>696</sup> 第十三条载有一项更具体的权力，“大会应发动研究，并作成建议：以提倡国际法之逐渐发展与编纂”。<sup>697</sup> 为此目的，大会通过一项附有《规约》的决议设立了国际法委员会，它“以促进国际法的逐渐发展和编纂为目标”，但大会也可在这一领域独立开展工作——如同大会过去通过第六(法律)委员会所做的那样。

373. 从历史上看，当联合国大会通过关于国际法一般事项的决议时，这些决议在这一全球论坛上的接受程度，就充当了说明各国在确定国际法院和委员会都承认的国际法规则方面的观点的证据。一些所谓的立法决议包括《纽伦堡原则》、<sup>698</sup> 《给予殖民地国家和人民独立宣言》、<sup>699</sup> 《关于各国依联合国宪章建立友好关系

<sup>694</sup> Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 51.

<sup>695</sup> Pellet and Müller, “Article 38”, p. 857.

<sup>696</sup> 联合国, 《联合国宪章》, 1945年, 1 UNTS XVI, 第十条。

<sup>697</sup> 《联合国宪章》第十三条。

<sup>698</sup> 大会第 95(I)号决议, 1946年12月11日。

<sup>699</sup> 大会第 1514(XV)号决议, 1960年12月14日。

及合作之国际法原则之宣言》、<sup>700</sup> 《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》、<sup>701</sup> 《关于环境与发展的里约宣言》<sup>702</sup> 和《联合国土著人民权利宣言》。<sup>703</sup>

374. 鉴于上述讨论，以及委员会对决议在其他专题中的作用的评估，现在的问题是，如果国际性法院或法庭在由承认普遍成员制机构通过的决议所表达的观点或规定的基础上作出的判决或裁定阐明了国际法规则，那么决议是否也可以被定性为一种辅助手段。如果该决议被认为是一个实质性渊源，就像一项司法判例一样，那么完全可以说，它是确定国际法规则的一个辅助手段。国际法院在许多案件中就这两个问题发表了意见，如果委员会决定在本专题中对这些问题进行研究，那么这些决定和意见以及以前在其他相关专题中得出的结论将是我们审议的主要基础。

#### D. 区分辅助手段和证明国际法规则存在的证据

375. 如果决定处理上述问题之一，例如国际组织决议的地位，则必须将这种辅助手段与作为证明规则或规则要素存在的证据的渊源加以区分。虽然这一问题可酌情在今后的报告中讨论，但在现阶段提出若干要点可能会有帮助。

376. 可使用条约集来显示条约的存在。将条约集称为确定法律规则的辅助手段是不正确的。条约集本身在条约解释方面不起任何作用。与此相反，确定国际法规则的辅助手段是用于确定其关于法律的观点的内容、质量和说服力的手段。例如，它们可能有助于对条约的解释。

377. 不具约束力的决议和类似文件可用作习惯法规则或一般法律原则存在的证据。它们也可能被用于它们关于一般法律原则的观点的内容、质量和说服力。特别报告员关于一般法律原则的第一次报告承认，为了“确定一项一般法律原则，需要仔细审查表明该原则已得到承认的现有证据”。<sup>704</sup> 第二次报告指出，“在确定国家法律制度共同原则的存在和内容时，也考虑到了(司法判例和公法学家的学说以外的)“其他类型的材料”，例如公共和私人的编纂倡议”。<sup>705</sup>

378. 在结束本节时，辅助手段的定义不仅取决于文书的类型，而且取决于它们在特定案件中的适用情况。任何渊源、文书或案文，无论是否具有约束力，只要能激发法律辩论，都可用作确定特定案件法律规则的辅助手段。与此同时，一项有可能被用作辅助手段的文书也可能被用作证明国际法规则存在的证据。

<sup>700</sup> 大会第 2625(XXV)号决议，1970 年 10 月 24 日。

<sup>701</sup> 大会第 1962(XVIII)号决议，1963 年 12 月 13 日。

<sup>702</sup> 大会第 47/190 号决议，1992 年 12 月 22 日。

<sup>703</sup> 大会第 61/295 号决议，2007 年 9 月 13 日。

<sup>704</sup> 马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯，关于一般法律原则的第一次报告(2019 年 4 月 5 日)，A/CN.4/732，第 49 页，第 165 段。

<sup>705</sup> 马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯，关于一般法律原则的第二次报告(2022 年 4 月 9 日)，A/CN.4/741，第 55 页，第 180 段。

## E. 权重问题

379. 不同的辅助手段将具有不同的“权重”或“权威”级别。这也可能因体系而异，因为一种辅助手段在不同情况下可能具有不同的权重。例如，一个国际性法院或法庭的判例通常对该法院或法庭本身具有重大意义，但另一个法院或法庭可能认为这些判例不那么重要，它可能优先考虑自己的判例。我们在委员会的实践中也看到这一点。

380. “其他”辅助手段的权重可能取决于起草时的“谨慎和客观性”。委员会在讨论“从事编纂和发展国际法的国际机构的产出”的“价值”以及“这些产出在多大程度上力求陈述现行法律”时，关于习惯国际法识别的结论就显示了这一点。<sup>706</sup> 委员会还表示，其本身的产出“值得特别考虑”，部分原因是“其程序的彻底性”，<sup>707</sup> 但其“权重”部分取决于“所依赖的渊源”。<sup>708</sup> “权重”还取决于“其工作所达到的阶段”，这可能被认为意味着较后的阶段更多地受益于起草过程的彻底性。<sup>709</sup> 国际法院的个别意见似乎认为“质量”与学说的权重有关。<sup>710</sup> 这同样适用于其他辅助手段。质量似乎是国际法院认为委员会的工作很重要的原因之一，因为这些工作是经过彻底的起草过程完成的。<sup>711</sup> Bordin 建议，彻底的起草“程序[……]可确立有利于非立法编纂中所赞同的观点的一种推定”。<sup>712</sup>

381. 参与起草案文的个人的专门知识是可能影响案文权重的另一个因素。<sup>713</sup> 委员会在《关于习惯国际法的识别的结论》中提到，这是影响“参与编纂和发展国际法的国际机构的产出”的“价值”的一个因素。<sup>714</sup> 这也是委员会在《关于习惯国际法的识别的结论》中提出的，国际法院适用公法学家的学说的个别法官也考虑了这一点。<sup>715</sup> 这是委员会的工作被认为重要的另一个原因，因为委员必须是“公认胜任的国际法界人士”。<sup>716</sup> Bordin 还建议将“作者身份”作为一个因素，“可能确立有利于非立法编纂中所赞同的观点的一种推定”。<sup>717</sup>

<sup>706</sup> 结论 14，第 5 段。《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》。(A/73/10)，第 151 页。

<sup>707</sup> 同上，第 141-142 页。

<sup>708</sup> 同上。

<sup>709</sup> 同上。

<sup>710</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 110-114.

<sup>711</sup> 同上，第 87-88 页。

<sup>712</sup> Fernando Lusa Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law” *ICLQ*, vol. 63 (2014), p. 535 at p 560.

<sup>713</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 129.

<sup>714</sup> 结论 14，第 5 段。《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》。(A/73/10)，第 151 页。

<sup>715</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 107-110.

<sup>716</sup> 国际法委员会，《国际法委员会章程》，1947 年，第二条第一款。

<sup>717</sup> 见 Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”。

382. 另一个相关因素可能是任何辅助手段在多大程度上符合一个机构的任务规定。委员会在《关于习惯国际法识别的结论》中提到，“任务”是影响“参与编纂和发展国际法的国际机构的产出”的“价值”的一个因素。<sup>718</sup> 委员会在同一份文件中表示，其本身的产出“值得特别考虑”，部分原因是其“独特的任务”。辅助手段往往由国家给予授权的组织所产生的。完全属于这一任务范围的辅助手段可能比不属于这一任务范围的手段更有份量。有些机构具有一般性的任务，如委员会，它有权发展和编纂“国际法”，无论是公法还是私法。<sup>719</sup> 其他机构的授权范围可能更窄、更专。国际法院在 *Diallo* 案中认为，“它应高度重视”人权事务委员会采用的解释，而这属于人权事务委员会的狭窄职权范围，这就支持了这一观点。<sup>720</sup> 相反，在消除种族歧视委员会案中，国际法院“认真考虑了消除种族歧视委员会采取的立场”，但没有采纳。<sup>721</sup>

383. 辅助手段背后的同意或不同意程度也可能很重要。委员会在《关于习惯国际法识别的结论》中提到，“机构内部的……支持”是影响“从事国际法编纂和发展的国际机构的产出”的“价值”的一个因素。<sup>722</sup> 国际法院的法官似乎认为这与国际法学家学说的权重有关。<sup>723</sup> 司法判例背后的一致程度可能影响其权重。<sup>724</sup> 至于其他辅助手段，国际组织的决议通常是在各国投赞成票、反对票或弃权票的情况下通过的。反对票或弃权票较少的决议应具有相对较大的权重。如果同意方代表不同的地理区域或文化，则高度一致性可能特别重要。<sup>725</sup> Bordin 将“代表性”列为“可能确立有利于非立法编纂中所赞同的观点的一种推定”的最后一个因素。<sup>726</sup>

384. 《关于习惯国际法的识别的结论》中也提到，可能影响“从事编纂和发展国际法的国际机构的产出”的“价值”的一个相关因素是“国家和其他方面对产出的接受程度”，即有关机构之外的一致程度。<sup>727</sup> 委员会认为，其本身的产出“值

<sup>718</sup> 结论 14，第 5 段。《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》。(A/73/10)，第 151 页。

<sup>719</sup> 国际法委员会，《国际法委员会章程》，1947 年，第一条第一款。

<sup>720</sup> 艾哈迈德·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决书，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页，第 66 段。

<sup>721</sup> 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)，初步反对意见，判决书，《2021 年国际法院案例汇编》，第 71 页，第 101 段。

<sup>722</sup> 结论 14，第 5 段。《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》。(A/73/10)，第 151 页。

<sup>723</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 120-123.

<sup>724</sup> E.g. Daniel Naurin and Øyvind Stiansen, “The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary”, *Comparative Political Studies*, vol. 53 (2020), p. 959 at p. 960.

<sup>725</sup> Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 122-123.

<sup>726</sup> Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, p. 560.

<sup>727</sup> 结论 14，第 5 段。《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》。(A/73/10)，第 151 页。

得特别考虑”，部分原因是委员会“与联合国大会和各国的密切关系”，但其价值“首先取决于各国”对其产出的接受。<sup>728</sup>

385. 这似乎表明，不属于《国际法院规约》第三十八条第一款范围的辅助手段，可能与属于第三十八条第一款范围的手段一样，受到同样的决定权重因素的制约。虽然第三十八条第一款并非详尽无遗的，但在某些方面，究竟属于范围内还是范围外并不重要。在任何一种情况下都必须执行相同的操作。上述问题之一值得进一步探讨，这也取决于是否决定列入《国际法院规约》中没有明确提及的其他辅助手段。这将是委员会在成员们提出意见支持在本专题范围内审议的情况下作出的决定。特别报告员认为，似乎有一些迫切的考虑赞成处理决议，但也有许多相反的考虑反对列入能够产生具有约束力的法律义务的单方面行为，毕竟委员会已经将其作为一个专题单独处理。

---

<sup>728</sup> 同上，第 142-143 页。

## 十 结论和今后的工作方案

386. 鉴于第一次报告各章所载的广泛分析，以实践为基础，扎根于这一专题的最相关和公认的大量文献，特别报告员现在很高兴能够提出以下结论草案供委员会审议：

### 结论草案 1 范围

本结论草案涉及如何使用辅助手段来确定国际法规则的存在和内容。

### 结论草案 2 确定法律规则的辅助手段的类别

确定国际法规则的辅助手段包括：

- (a) 国家和国际性法院和法庭的判例；
- (b) 各国最权威的国际法专家的学说；以及
- (c) 源自国家或国际组织惯例的任何其他手段。

### 结论草案 3 确定法律规则的辅助手段的评估标准

对于用于确定国际法规则的辅助手段的评估依据是所提出的证据的质量、有关人员的专业知识、是否符合正式任务规定、所涉各方之间的一致程度以及各国和其他方面的接受情况。

### 结论草案 4 法院和法庭的裁决

(a) 国际性法院和法庭关于国际法问题的裁决是识别或确定国际法规则的存在及其内容的特别权威性手段；

(b) 为(a)款的目的，应特别考虑到国际法院的裁决；

(c) 在某些情况下，国家法院的裁决可用作识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。

### 结论草案 5 学说

各国最权威的国际法专家的学说，特别是那些反映学者一致观点的学说，可以作为识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。

387. 特别报告员根据本专题工作的实际进展情况和前几章(特别是第三和第九章)概述的关于范围的决定，提出委员会的暂定工作方案如下，尽管方案可能会有变动。

388. 在定于 2024 年提交的第二次报告中,特别报告员将再次讨论辅助手段的功能,特别侧重于司法判例及其与国际法主要渊源,即条约、习惯国际法和一般法律原则的关系。

389. 第三次报告将于 2025 年提交,建议分析学说,并酌情分析其他辅助手段。这将包括个人的著作,也包括国家设立或国家授权的机构和私人专家机构以及区域和其他编纂机构的著作,作为确定国际法规则的辅助手段所发挥的作用。同一份报告随后将讨论委员会内部辩论和各国评论中出现的各种问题。因此,它将提供一个机会,评估已经通过的结论草案,以加强其总体一致性。

390. 如果上述时间表得以保持,希望整套结论草案的一读能在 2025 年完成,并考虑到通常为各国和其他各方提供的一年提交书面评论的时限,希望二读能在 2027 年完成。

## 附件

### 特别报告员提出的结论草案

#### 结论草案 1

##### 范围

本结论草案涉及如何使用辅助手段来确定国际法规则的存在和内容。

#### 结论草案 2

##### 确定法律规则的辅助手段的类别

确定国际法规则的辅助手段包括：

- (a) 国家和国际性法院和法庭的裁决；
- (b) 各国最权威的国际法专家的学说；以及
- (c) 源自国家或国际组织惯例的任何其他手段。

#### 结论草案 3

##### 确定法律规则的辅助手段的评估标准

对用于确定国际法规则的辅助手段的评估依据是所提出的证据的质量、有关人员的专业知识、是否符合正式任务规定、有关人员之间的一致程度以及各国和其他方面的接受情况。

#### 结论草案 4

##### 法院和法庭的裁决

- (a) 国际性法院和法庭关于国际法问题的裁决是识别或确定国际法规则的存在及其内容的特别权威性手段；
- (b) 为(a)款的目的，应特别考虑到国际法院的裁决；
- (c) 在某些情况下，国家法院的裁决可用作识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。

#### 结论草案 5

##### 学说

各国最权威的国际法专家的学说，特别是那些反映学者一致观点的学说，可以作为识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。