



## 国际法委员会

## 第七十五届会议

2024年4月29日至5月31日和  
7月1日至8月2日，日内瓦

## 关于确定国际法规则的辅助手段的第二次报告

特别报告员查尔斯·切尔诺·贾洛\*\*

## 目录

章次	页次
一. 导言 .....	3
A. 本专题列入工作方案 .....	3
B. 本报告的目的和结构 .....	4
二. 迄今就本专题开展的工作 .....	5
A. 特别报告员的第一次报告和委员会第一次全体辩论 .....	5
B. 第六委员会的辩论 .....	8
C. 辩论中出现的问题和前进方向 .....	17
三. 确定国际法规则的辅助手段的作用 .....	18
A. 本专题以往对作用的讨论 .....	18
B. 国际法委员会和第六委员会关于辅助手段的作用的意见 .....	21
C. 辅助手段的辅助性质和作用 .....	23

\* 由于技术原因于2024年4月22日重发。

\*\* 特别报告员谨感谢研究助理 Clea Strydom 和 Adam Weiss，两位助理汇编材料，编写脚注，协助编辑文稿和核对引文，提供了宝贵的协助。感谢法律事务厅编纂司，特别是胡夫·卢埃林和保拉·帕塔罗约为委员会本届会议编写秘书处关于本专题的长篇备忘录所做的辛勤工作和个人牺牲。



D.	起草历史证实辅助手段的辅助作用 .....	24
E.	国际法院和其他国际法庭的实践证实辅助手段的辅助作用.....	26
F.	国内法院的实践表明辅助手段具有辅助作用 .....	30
G.	学者也确认辅助手段的辅助性质 .....	35
H.	特别报告员关于辅助手段之辅助性质的意见 .....	36
I.	拟议结论草案 .....	36
四.	国内和国际裁定中先例的一般性质.....	37
A.	普通法系和大陆法系中先例的含义及其处理方法.....	37
B.	《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款及其与第五十九条的关系 .....	40
C.	《国际法院规约》第五十九条、先例和与第三国权利的联系.....	42
D.	国际法院的裁判除对案件当事国外不具有约束力.....	45
E.	《国际法院规约》第五十九条和第六十一条之间关于判决的终局性(既判力)的联系..	53
F.	关于常设国际法院和国际法院在先例方面的实践的意见.....	57
G.	国际海洋法法庭对先例的做法 .....	57
H.	关于国际海洋法法庭在先例方面实践的意见 .....	63
I.	拟议结论草案 .....	64
五.	该专题的未来工作方案 .....	64
附件		
一.	国际法委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案.....	65
二.	起草委员会在国际法委员会第七十四届会议期间暂时通过的结论草案.....	66
三.	本报告提出的结论草案 .....	67

## 一. 引言

### A. 本专题列入工作方案

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”这一专题纳入其长期工作方案。<sup>1</sup> 大会第七十六届会议(2021年)通过第76/111号决议,<sup>2</sup> 其中大会表示注意到该专题被纳入长期工作方案。<sup>3</sup>
2. 在第七十三届会议(2022年)上, 鉴于本专题受到的关注、工作方案有位置空出以及各国反馈积极, 委员会决定<sup>4</sup> 将本专题移至当前工作方案, 并任命查尔斯·切尔诺·贾洛先生为本专题特别报告员。<sup>5</sup>
3. 在同一届会议上, 委员会还请各国提供资料说明其国家实践,<sup>6</sup> 并请秘书处提供两份备忘录。<sup>7</sup> 第一份备忘录已于2023年提交委员会第七十四届会议, 在该备忘录中, 秘书处讨论了委员会以往工作中可能与本专题特别相关的内容。第二份备忘录将在委员会第七十五届会议(2024年)之前提交, 其中秘书处将调查国际性法院和法庭及其他机构的相关判例, 确定其实践中可能与本专题特别相关的内容。
4. 在大会第七十七届会议(2022年)第六委员会辩论期间, 各国对委员会计划审查“确定国际法规则的辅助手段”表示欢迎。大会2022年12月7日第77/103号决议表示注意到委员会决定将这一专题列入当前工作方案。<sup>8</sup> 大会还提请各国政府注意就国际法委员会议程上各专题的诸多方面提出意见, 尤其是就委员会第七十三届会议(2022年)工作报告第三章中列举的关于确定国际法规则的辅助手段的具体问题提出意见, 这对委员会工作很重要。<sup>9</sup>
5. 委员会第七十四届会议(2023年)基于特别报告员的第一次报告举行了一般性辩论。<sup>10</sup> 除了特别报告员的第一次报告外, 委员会还审议了秘书处为确定委员会以往工作中可能与本专题特别相关的内容而编写的第一份备忘录。<sup>11</sup>

<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302段和附件。

<sup>2</sup> 大会2021年12月9日第76/111号决议, 第5段。

<sup>3</sup> 同上。

<sup>4</sup> A/CN.4/SR.3583, 第8页。

<sup>5</sup> 同上。

<sup>6</sup> 《大会正式记录, 第七十七届会议, 补编第10号》(A/77/10), 第29段。

<sup>7</sup> 同上, 第245段。

<sup>8</sup> 大会2022年12月7日第77/103号决议, 第7段。

<sup>9</sup> 同上, 第5段。

<sup>10</sup> A/CN.4/760。

<sup>11</sup> A/CN.4/759。

6. 特别报告员在第一次报告中指出，其第二次报告将审视辅助手段的功能。他计划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。<sup>12</sup> 他还指出，可能也会审视不同法院和法庭相互冲突的判例所涉及的国际法统一性和一致性问题。<sup>13</sup> 这些提议在关于该专题的第一次全体辩论中得到了委员的普遍赞同。这种支持最终反映在委员会提交大会第七十四届会议(2023年)工作报告关于五年期余下时间本专题发展的暂定时间表中。<sup>14</sup>

## B. 本报告的目的和结构

7. 在本报告中，特别报告员力求在第一次报告和迄今为止在本专题上已取得的进展的基础上再接再厉，继续推进，具体编排如下。本章是导言，在此之外，特别报告员将在第二章讨论以往对本专题的审议情况。该章简要概述国际法委员会的辩论结果，随后更详细地概述第六委员会的辩论情况。然后，特别报告员将讨论辩论中显露的四个问题，并提出前进的方向。

8. 在第三章中，特别报告员将审查辅助手段的性质和功能，重点是作为确定法律规则的辅助手段的司法判例。根据委员会以往就过去和现在各项专题所做的工作，报告认为，辅助手段的主要功能是辅助性的。对《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的案文、起草历史和实践的分析证实，国际和国家法院以及学术著作都确认辅助手段的辅助作用。当然，司法判例、学说和其他辅助手段的某些更具体的功能涉及它们与国际法渊源的关系，例如确定法律规则的辅助手段与《维也纳条约法公约》<sup>15</sup> 所规定的补充解释资料(手段)之间的相互作用，这一问题留待今后的报告讨论。

9. 在第二个实质性章节即第四章中，特别报告员探讨了《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款与第五十九条之间的关系，因为前者所述辅助手段明确须遵照后者，而后者规定，法院的裁判除对于当事国和特定案件外，不具有约束力。这一规定在国际法是否存在具有约束力的先例的问题上引起了许多辩论和混乱。该章有一小节简要比较了普通法和大陆法对国内或市一级司法裁决中的先例分别采取的处理方法。随后，该章结合国际法院的情况分析了国际法中的先例问题，重点是与第五十九条有关的实践内容，包括该条通过保护或保留第三方的权利是为了实现什么目标。接下来，特别报告员举例简要讨论了国际海洋法法庭在得出结论之前是如何处理先例的，该法庭与国际法院一样，也解决国家间争端并发表咨询意见。

<sup>12</sup> A/CN.4/760，第 388 段。

<sup>13</sup> 同上，第 50 段。

<sup>14</sup> 《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第 261 段。

<sup>15</sup> 《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 18232 号，第 331 页。

10. 在第二份备忘录中，<sup>16</sup> 秘书处审查了国际性法院和法庭以及包括仲裁法庭在内的其他机构的判例，以及其他机构的裁判。该备忘录全面介绍了各种机构的实际做法，既涉及(a) 辅助手段的功能，也涉及(b) 利用先例解决程序性和实质性问题。在第二份备忘录中，秘书处列举了大量实例，说明仲裁法庭、特设和常设国际刑事法庭以及其他机构如何解释辅助手段和实际处理先例问题。虽然存在一些细微差别，例如具有内部等级制度的国际法院(如国际刑事法院)是否适用有约束力的先例制度，但总体结论确认，国际法在处理国家间争端上不存在常设或特设机构有约束力的正式的先例制度。特别报告员高度赞扬秘书处的第二份备忘录，因为它是与本报告所述专题的两个基本方面有关的法庭实践的宝贵资料库。

11. 在报告的最后一部分即第五章，特别报告员谈到了本专题未来工作方案。他回顾了自己去年采取的立场，即：尽管他提出了一个指导其专题工作的暂定方案，但“根据本专题工作的实际进展情况……方案可能会有变动”。<sup>17</sup> 根据这一灵活立场，以满足本专题的科学和其他方面需要，他可能会根据第七十五届会议(2024年)期间的辩论结果和实际进展情况，在下次报告中对暂定方案提出一些调整。

12. 委员会第七十四届会议(2023年)暂时通过的结论以及起草委员会暂时通过的结论草案附于本报告之后(附件一和二)，方便委员查阅。其后是特别报告员在本报告中提出的三项新的结论草案(附件三)。

## 二. 迄今就本专题开展的工作

### A. 特别报告员的第一次报告和委员会第一次全体辩论

13. 特别报告员在其第一次报告中概述了委员会关于确定国际法规则的辅助手段这一专题的工作所提出的主要问题。<sup>18</sup> 特别报告员分析了各国在 2021 年<sup>19</sup> 和 2022 年<sup>20</sup> 连续两届大会会议期间在第六委员会对这一专题所表达的总体上的积极接受态度。特别报告员基于各国和各法庭的实践，论述了方法问题。他审查了委员会以往关于这一专题的工作、辅助手段的理论基础和性质及其与国际法渊源的关系，并将它们区分开来，作为资料，而不是正式的法律渊源。此外，他还详细分析了《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的案文和实践，以及起草历史。

14. 关于辅助手段的实质内容，特别报告员分析了本专题的主要方面，并以《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款为出发点，该款明确将司法判例及各

<sup>16</sup> A/CN.4/765。

<sup>17</sup> A/CN.4/760，第 387 段。

<sup>18</sup> 同上。

<sup>19</sup> 同上，第二章，A 节。

<sup>20</sup> 同上，B 节。

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。尽管如此，由于第三十八条第一项(卯)款的案文和起草历史中并没有任何迹象表明其意在详尽无遗，而且在当代实践中已经广泛使用其他手段来确定国际法规则，特别报告员审查了一些可能的备选辅助手段，以供本专题进一步研究。包括初步评估了国家单方面声明或行为、国际组织的决议和决定、国家与国际企业之间的协定、宗教法以及公共和私人专家机构的工作。

15. 特别报告员提议，按照核准的提纲和委员会处理以往与渊源有关的专题的办法，这项工作的最后成果应当是结论草案，并附有评注。他建议澄清结论草案作为关于这一专题最后产出的规范价值。对此，特别报告员在其第一次报告中解释说，虽然迄今为止在委员会的实践中关于结论草案并没有一刀切的定义，因为委员会必须根据具体情况对每个专题进行必要审查，但结论草案的基本特征是明确的：根据现行实践澄清法律。因此，根据委员会的《章程》和一般惯例，结论的内容作为关于这一专题的最后产出，将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。

16. 根据第一次报告中的详细分析并考虑到委员会以往的相关工作，特别报告员最后分析提出了五项结论草案。结论草案 1 涉及专题的范围；结论草案 2 涉及辅助手段的类别；结论草案 3 概述了辅助手段的评估标准；结论草案 4 涉及法院和法庭的裁判；结论草案 5 涉及学说。

17. 特别报告员还就这一专题提出了一项暂定工作方案。在该暂定工作方案中，他建议连续编写三份实质性报告，第二份侧重于司法判例，第三份侧重于学说和其他辅助手段。目标是(假设时间表不变)，在 2025 年完成整套结论及其评注的一读，并在各国提出意见后，于 2027 年完成二读。尽管如此，特别报告员在第一次报告中也强调，初步时间表并不是固定的，可根据工作的实际进展和该专题的科学或其他需要而修改。

18. 在本专题第一次全体辩论期间，大多数委员对第一次报告表示欢迎，称赞特别报告员提出了一份严谨、平衡、全面的报告，不过也有一些成员希望报告简短一些。鉴于本次报告篇幅有限，没有必要在此概述第一次全体辩论的情况。不管怎样，尽管辩论重点讨论的是尚未编写评注的两项结论，但委员会在其提交大会的 2023 年报告中妥善把握住了关于辅助手段专题的第一次全体辩论的主要趋势。<sup>21</sup>

19. 第一次全体辩论引起了委员会几乎所有委员的极大兴趣，在辩论结束时，特别报告员对内容丰富的辩论作了总结概括，确定了辩论对本专题总体范围和方向达成的强烈共识。<sup>22</sup> 其结论可重述如下。

20. 首先，各位委员对辅助手段专题的重要性和实际意义已形成共识，强调《国际法院规约》第三十八条的案文和实践是当前工作的出发点，当前的研究

<sup>21</sup> 《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)。

<sup>22</sup> 同上，第 84-98 段。

使委员会有机会完成关于第三十八条最后剩余部分，即涉及确定国际法规则的辅助手段的第一项(卯)款的工作。

21. 其次，委员们一致认为，虽然第三十八条第一项(卯)款所载辅助手段本身并不是国际法的渊源，但在实践中，它们确实在确定国际法规则的存在及内容的过程中发挥了重要的辅助作用。

22. 第三，关于本专题的工作方法，委员们的共识是，委员会应遵循其通常的方法，审查各国的实践，特别是各国法院以及国际性法院和法庭及其他机构的实践。与此相关的是，委员会商定，为了保持连贯性，委员会应在其先前有关辅助手段的工作的基础上继续推进，避免重启本已解决的问题。当然，这并不妨碍在本专题的具体范围内充分审议这些问题。这一点在考虑到所有专题都将辅助手段视为次要因素，而不是工作关注点的核心的情况下，尤其如此。

23. 第四，委员们的广泛共识是，本专题的研究将涉及三大部分。第一大部分涉及辅助手段的起源、性质和范围。在这方面，委员们一致支持第三十八条第一项(卯)款所列的两类传统辅助手段，即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。委员们还普遍同意，应进一步考虑辅助手段的权重。

24. 本专题的第二大部分涉及辅助手段与国际法渊源，即条约、习惯国际法和一般法律原则之间的功能作用和关系。与委员会以前的工作一致，这些手段的主要作用是辅助性、补充性的，并得到《国际法院规约》第三十八条第一项各种正式语文文本的确认。在这方面，委员们普遍同意，宜进一步澄清辅助手段的功能作用，考虑到联合国其他正式语文对第三十八条第一项(卯)款中“辅助手段”的提法，其作用似乎主要是协助确定国际法渊源中的国际法规则的存在及其内容。

25. 本专题的第三大部分涉及确定国际法规则的第三类辅助手段。由于司法判例和学说实际上并没有穷尽可供参考的辅助手段，委员们普遍同意，委员会应详尽阐明确定国际法规则的其他辅助手段。

26. 至于哪些具体的辅助手段可能属于第三种得到认同的类别，意见分歧较大。多数委员支持进一步分析国际组织的某些决议和决定，以及私营和公共专家机构的工作。其中一些委员敦促明确承认这些类别，包括在具体结论中予以承认。另一些委员则对后一种做法表示怀疑，而还有一些委员则持开放态度。只有少数委员支持进一步分析能够产生法律义务的单方面行为，而其他大多数委员与特别报告员则都表示反对，除一位委员外，所有委员都支持排除宗教法。没有任何委员支持进一步审查国家与多国企业之间的协定。

27. 第五，关于国际法的统一性和一致性问题(有时也被称为不成体系问题)，大家普遍认为，委员会可以通过将这一问题作为其专题工作的一部分加以审查来增加价值。一些委员表示了反对意见。虽然委员会内部似乎强烈支持研究专题的这一方面，因为委员会对这一问题有最后决定权，但特别报告员建议，第六届委员会仍应给各国发表评论的机会，以便能够考虑到它们的重要意见。

28. 第六，委员们压倒性地支持专题的拟议最后成果。大家一致认为，最后成果应采取附有评注的结论草案的形式，其主要目的是根据当前实践澄清法律。

29. 第七，作为委员会对这一专题的贡献的一部分，委员们一致支持编制一份多语种文献目录，尽可能反映世界各区域、各种法律制度和语言。为了确保更具代表性，特别报告员在总结时请委员会委员和各国为多语种文献目录的内容提出建议，该文献目录将在结论草案一读快结束时汇编。

30. 在特别报告员总结第一次全体会议辩论情况之后，委员会决定将其第一次报告所载五项结论草案提交起草委员会，同时考虑到全体会议辩论期间发表的意见。<sup>23</sup> 起草委员会就这一专题举行了若干次会议，在届会前半期结束时完成了前三项结论草案的定稿。其余两项结论草案留待届会后半期审议。复会后，起草委员会又举行了几次会议，专门审查特别报告员在其第一次报告中提出的另两项结论草案。

31. 2023年7月3日，委员会审议了起草委员会关于本专题的报告。<sup>24</sup> 委员会暂时通过了结论草案1至3，并在第七十四届会议快结束时通过了草案的评注。<sup>25</sup>

32. 委员会还在2023年7月21日审议了起草委员会提交的载有起草委员会暂时通过并经口头订正的结论草案4和5的补充报告，并表示注意到该报告。<sup>26</sup> 这两项结论草案的评注可能会提交国际法委员会第七十五届会议(2024年)通过。

## B. 第六委员会的辩论

### 1. 对本专题范围、方向和成果的普遍支持

33. 在2023年第六委员会就国际法委员会第七十三届和第七十四届会议工作报告进行辩论期间，相当多的代表团参加了辩论。约51个国家(包括丹麦所代表的北欧国家)与欧洲联盟和一个观察员(罗马教廷)一道，专门讨论了委员会第七十四届会议工作报告的第七章，涉及确定国际法规则的辅助手段。<sup>27</sup>

34. 总体上，大多数与会代表团对本专题作出了积极的反馈，许多代表团重申支持委员会将辅助手段这一专题列入工作方案的决定，认为这是委员会先前关

<sup>23</sup> 同上，第63段。

<sup>24</sup> 见起草委员会主席关于确定国际法规则的辅助手段的发言，2023年7月3日，可查阅 [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2023\\_dc\\_chair\\_statement\\_sm.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/statements/2023_dc_chair_statement_sm.pdf)。

<sup>25</sup> 《大会正式记录，第七十八届会议，补编第10号》(A/78/10)，第64段。

<sup>26</sup> 同上，第65段。

<sup>27</sup> 除欧洲联盟和罗马教廷外，在第六委员会辩论期间讨论本专题的代表团还有：亚美尼亚、奥地利、白俄罗斯、巴西、喀麦隆、智利、中国、哥伦比亚、古巴、捷克共和国、丹麦(代表北欧国家)、厄瓜多尔、萨尔瓦多、爱沙尼亚、法国、德国、希腊、危地马拉、匈牙利、印度、伊朗伊斯兰共和国、爱尔兰、以色列、意大利、牙买加、日本、肯尼亚、马来西亚、墨西哥、荷兰王国、秘鲁、菲律宾、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、塞拉利昂、新加坡、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、泰国、土耳其、乌干达、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

于国际法渊源的工作的合理延续<sup>28</sup>和有益补充。<sup>29</sup>为数不多的几个代表团最初曾犹豫不决，其中一个指出，虽然它最初对将该专题列入当前工作方案有疑虑，但在第一年工作之后，现在对该专题的潜力已深信不疑。<sup>30</sup>特别报告员欢迎这一进展，特别是考虑到其他许多国家对这一专题的大力支持。

35. 大多数代表团在对专题实质性问题进行评论时也普遍对特别报告员内容全面的第一次报告表示欢迎。一些代表团赞扬委员会迄今在审议该专题方面取得的进展，包括通过了三项结论草案及其评注，以及起草委员会暂时通过两项结论草案。<sup>31</sup>大多数代表团对暂时通过的三项结论草案及其评注发表了评论意见。参加第六委员会辩论的代表团中约有一半也对最后两项结论草案提出了初步意见。<sup>32</sup>

36. 关于实质性问题，总体而言，许多与会代表团表示支持本专题的范围。大多数代表团支持审查司法判例和学说，以确定国际法规则，同时赞成委员会的意见，即辅助手段是辅助性的，不是国际法的渊源。虽然一些代表团明确支持列入“各种其他手段”，<sup>33</sup>但另一些代表团对第三大类表示怀疑，或要求谨慎行事，避免不适当地扩大辅助手段。<sup>34</sup>

37. 各代表团还普遍表示支持委员会的方法，这种方法将以国家和国际性法庭的实践为基础。本专题的暂定工作方案也得到广泛支持。尽管如此，关于工作

<sup>28</sup> 见以下代表团的发言：亚美尼亚(A/C.6/78/SR.30)、白俄罗斯(A/C.6/78/SR.31)、德国(同上)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)和乌干达(同上)。

<sup>29</sup> 见以下代表团的发言：喀麦隆(A/C.6/78/SR.33)、智利(A/C.6/78/SR.31)、捷克共和国(同上)、萨尔瓦多(A/C.6/78/SR.33)、爱沙尼亚(同上)、肯尼亚(同上)和新加坡(A/C.6/78/SR.31)。

<sup>30</sup> 见荷兰王国的发言(A/C.6/78/SR.31，第68段)。

<sup>31</sup> 见以下代表团的发言：爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、日本(A/C.6/78/SR.32)、塞拉利昂(同上)、斯洛伐克(A/C.6/78/SR.31)、乌干达(A/C.6/78/SR.32)和欧洲联盟(A/C.6/78/SR.30)。

<sup>32</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、巴西(同上)、智利(同上)、中国(A/C.6/78/SR.29)、捷克共和国(A/C.6/78/SR.31)、丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)、法国(A/C.6/78/SR.31)、德国(同上)、匈牙利(同上)、伊朗伊斯兰共和国(同上)、以色列(同上)、意大利(同上)、马来西亚(A/C.6/78/SR.32)、荷兰王国(A/C.6/78/SR.31)、波兰(同上)、大韩民国(同上)、罗马尼亚(同上)、新加坡(同上)、斯洛伐克(同上)、泰国(同上)、土耳其(A/C.6/78/SR.33)、联合王国(A/C.6/78/SR.31)、美国(同上)、欧洲联盟(A/C.6/78/SR.30)和罗马教廷(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>33</sup> 见以下代表团的发言：智利(A/C.6/78/SR.31)、丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)、爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、希腊(A/C.6/78/SR.32)、墨西哥(同上)、秘鲁(同上)、罗马尼亚(A/C.6/78/SR.31)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)、新加坡(A/C.6/78/SR.31)和乌干达(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>34</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、巴西(同上)、哥伦比亚(A/C.6/78/SR.33)、古巴(A/C.6/78/SR.32)、以色列(A/C.6/78/SR.31)、日本(A/C.6/78/SR.32)、马来西亚(同上)、大韩民国(A/C.6/78/SR.31)、新加坡(同上)、泰国(同上)、联合王国(同上)和美国(同上)。

方案，几乎所有代表团都对本专题第一年取得的进展表示欢迎，但有三个代表团认为，可能需要更多的时间才能充分理解所有问题。<sup>35</sup>

38. 关于最后产出，几乎所有与会代表团都支持委员会选择结论作为本专题的适当产出。<sup>36</sup> 总的来说，各代表团认为，附有评注和多语种文献目录的结论形式是合适的，有几个代表团指出，这一选择符合委员会以往关于相关专题的工作。

## 2. 对委员会暂时通过的结论草案的评论意见

39. 各代表团还对每一项暂时通过的结论草案的案文提出了具体意见，一些代表团还就评注提出了一些有益建议。具体而言，许多代表团<sup>37</sup> 对结论草案 1 的案文<sup>38</sup> 表示欢迎，认为其措辞恰当地确定了本专题的范围，即阐明确定国际法规则的辅助手段。<sup>39</sup> 一些代表团赞扬对第三十八条第一项(卯)款不同语文版本的分析，同意明确申明辅助手段对国际法渊源起辅助或补充作用。<sup>40</sup>

40. 尽管如此，如委员会审议专题所常见的那样，其他一些代表团也在对结论草案 1 案文提法的辩论中提出了意见。<sup>41</sup> 例如，智利和菲律宾支持委员会采用“使用”(“the use of”)辅助手段的提法，而不是“被用来”(“are used”)，因为前者更能反映《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所用措辞的可选性质。<sup>42</sup> 斯洛伐克同样欢迎在限定结论草案 1 的范围时更中性一些，不那么强制性。与此同时，该代表团建议重新考虑“使用”一词，因为它认为，鉴于特别报告员的既定目标是阐述辅助手段的起源或功能，该用语可能无法充分涵盖本专题的所有方面。<sup>43</sup>

<sup>35</sup> 见以下代表团的发言：亚美尼亚(A/C.6/78/SR.30，第 80 段)、俄罗斯联邦(A/C.6/78/SR.32，第 63 段)和联合王国(A/C.6/78/SR.31，第 38 段)。

<sup>36</sup> 51 个代表团中只有一个代表团，即联合王国，建议委员会对最后产出的形式持开放态度(A/C.6/77/SR.31，第 35 段)。

<sup>37</sup> 见以下代表团的发言：智利(A/C.6/78/SR.31)、中国(A/C.6/78/SR.29)、爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、法国(A/C.6/78/SR.31)、爱尔兰(同上)、墨西哥(A/C.6/78/SR.32)、菲律宾(同上)、罗马尼亚(A/C.6/78/SR.31)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)、南非(A/C.6/78/SR.31)、乌干达(A/C.6/78/SR.32)和欧洲联盟(A/C.6/78/SR.31)。

<sup>38</sup> 委员会暂时通过的结论草案 1 行文如下：

### 结论 1

#### 范围

本结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则的问题。

<sup>39</sup> 见以下代表团的发言：墨西哥(A/C.6/78/SR.32)、塞拉利昂(同上)和乌干达(同上)。

<sup>40</sup> 见以下代表团的发言：丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)、法国(A/C.6/78/SR.31)和墨西哥(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>41</sup> 见以下代表团的发言：中国(A/C.6/78/SR.29)、丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)、爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、法国(A/C.6/78/SR.31)和欧洲联盟(A/C.6/78/SR.30)。

<sup>42</sup> 见以下代表团的发言：智利(A/C.6/78/SR.31)和菲律宾(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>43</sup> 见斯洛伐克的发言(A/C.6/78/SR.31，第 127 段)。

41. 马来西亚建议，为了更加明确，委员会可以对“辅助手段”一词进行界定，并在结论草案 1 中反映其含义和效用。<sup>44</sup> 同样，欧洲联盟在赞同委员会对辅助手段的辅助性质所作分析的同时，建议委员会考虑进一步阐发其关于辅助手段相对于国际法渊源的辅助性质的论述，在结论草案或其评注中强调国际法主体的意愿或同意这些要素。<sup>45</sup> 波兰则支持进一步阐明“确定……规则”的含义，认为可能是介于解释和确定之间。<sup>46</sup> 俄罗斯联邦认为，《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款中使用的“确定”一词的含义是指对国际法规则的“识别”，而不是“确立”，这一点应在评注中更明确地反映出来，甚至直接在结论草案的案文中反映。<sup>47</sup>

42. 各代表团还普遍对结论草案 2<sup>48</sup> 表示欢迎(特别报告员在该结论草案的(a)、(b)、(c)分段中列出了三类辅助手段)，一些代表团谈论了其文字表述，而另一些代表团则谈到了这些类别的范围，或两者兼而论之。许多代表团支持委员会对前两类辅助手段，即法院和法庭判例以及学说的表述，因为这两者主要来自《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款。中国、捷克共和国、匈牙利、墨西哥、菲律宾、新加坡、塞拉利昂和乌干达支持委员会在(a)和(b)分段中采用更宽泛的“法院和法庭的决定”和“学说”的措辞，以涵盖《国际法院规约》中的“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”的措辞。<sup>49</sup> 其中一些代表团表示赞赏，本专题中使用的措辞也与委员会在关于习惯国际法的识别的结论草案和关于一般法律原则的结论草案中的措辞一致。<sup>50</sup>

43. 其他几个代表团，也即奥地利、巴西、德国和希腊，表现出一些犹豫，要求对结论草案 2(a)和(b)分段案文的某些方面作出更多澄清。<sup>51</sup> 例如，关于第一类辅助手段，德国对《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款中的“司法判例”与结论草案 2 中的“法院和法庭的决定”在含义上有何区别表示不确定，敦促“尽可能保留《[国际法院]规约》的确切措辞，以避免对适用法律可能是什么和要求

<sup>44</sup> 见马来西亚的发言(A/C.6/78/SR.32，第 49 段)。

<sup>45</sup> 见欧洲联盟的发言(A/C.6/78/SR.30，第 106 段)。

<sup>46</sup> 见波兰的发言(A/C.6/78/SR.31，第 43 段)。

<sup>47</sup> 见俄罗斯联邦的发言(A/C.6/78/SR.32，第 59 段)。

<sup>48</sup> 委员会暂时通过的结论草案 2 行文如下：

**结论 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) 法院和法庭的决定；
- (b) 学说；
- (c) 一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段。

<sup>49</sup> 见以下代表团的发言：中国(A/C.6/78/SR.29)、捷克共和国(A/C.6/78/SR.31)、匈牙利(同上)、墨西哥(A/C.6/78/SR.32)、菲律宾(同上)、新加坡(A/C.6/78/SR.31)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)和乌干达(同上)。

<sup>50</sup> 见以下代表团的发言：塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32，第 44 段)和乌干达(同上，第 22 段)。

<sup>51</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31，第 20-22 段)、巴西(同上)、德国(同上)和希腊(A/C.6/78/SR.32)。

什么产生误解”。<sup>52</sup> 同样，奥地利也认为“法院和法庭的决定”这一用语可能不能令人满意，并想知道“法院和法庭及其他机构的裁判”这一提法是否更有助于涵盖任何有权裁决争端的第三方争端解决机构。<sup>53</sup> 与结论草案 1 一样，各代表团也要求在今后修订评注时作出一些澄清，其中欧洲联盟要求进一步阐明区分“法院和法庭”与其他机构的标准。<sup>54</sup>

44. 关于结论草案 2 (b)分段所述第二类辅助手段——“学说”，包括捷克共和国、希腊、墨西哥、塞拉利昂和乌干达在内的大多数代表团支持委员会的简洁表述，<sup>55</sup> 而另一些代表团则更为谨慎。例如，马来西亚认为，以一般性的说法来提及学说，可能会在确定某一学说是否可被视为一类辅助手段所必须达到的门槛标准方面造成不确定。<sup>56</sup> 巴西提出，出于各种原因，在引述个别公法学家时必须谨慎，而且无论如何，巴西表示倾向于对“学说”一词作高度限制性的解读，根据这种解读，这一类别将只包括“集体机构”的贡献。<sup>57</sup> 爱尔兰提出，既然委员会建议放弃“权威最高之公法学家”这一具有历史和地理色彩的用语，委员会现在同样应考虑“各国”一词，或许英文可以使用“State”，而不是“nation”，更适合现代语境，或者使用一种更具包容性的提法，如“国家组成之国际社会”（“international community of States”）。<sup>58</sup>

45. 一些代表团思考了结论草案 2 对现代技术的影响。希腊认为特别有意思的是，新式材料，包括今后可能从相关技术进步中发展出来的材料，可被视为学说。<sup>59</sup> 葡萄牙表达了同样的看法。<sup>60</sup> 牙买加要求对“纳入非书面形式的学说”做出更多说明，特别是考虑到与书面作品不同，“就非书面作品而言，此类信息并非即用即得，因此，更加难以弄清作者在什么依据上得出了结论。”<sup>61</sup>

46. 正如特别报告员所预期的那样，引起最多评论的是结论草案 2(c)分段，该段包含“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”。概况而言，许多代表团要么完全支持这一类别(例如智利、丹麦(代表北欧国家)、爱沙尼亚、希腊、

<sup>52</sup> 见德国的发言(A/C.6/78/SR.31，第 40 段)。

<sup>53</sup> 见奥地利的发言(同上，第 22 段)。

<sup>54</sup> 见以下代表团的发言：巴西(A/C.6/78/SR.31)、捷克共和国(同上)、德国(同上)、希腊(A/C.6/78/SR.32)、伊斯兰共和国(A/C.6/78/SR.31)、牙买加(A/C.6/78/SR.33)、马来西亚(A/C.6/78/SR.32)、波兰(A/C.6/78/SR.31)和大韩民国(同上)。

<sup>55</sup> 见以下代表团的发言：捷克共和国(A/C.6/78/SR.32)、希腊(A/C.6/78/SR.33)、墨西哥(A/C.6/78/SR.32)、塞拉利昂(同上)和乌干达(同上)。

<sup>56</sup> 见马来西亚的发言(A/C.6/78/SR.32，第 50 段)。

<sup>57</sup> 见巴西的发言(A/C.6/78/SR.31，第 14 段)。

<sup>58</sup> 见爱尔兰的发言(同上，第 146 段)。

<sup>59</sup> 见希腊的发言(A/C.6/78/SR.32，第 68 段)。

<sup>60</sup> 见葡萄牙的发言(A/C.6/78/SR.31，第 89 段)。

<sup>61</sup> 见牙买加的发言(A/C.6/78/SR.33，第 19 段)。

墨西哥、荷兰王国、秘鲁、罗马尼亚、塞拉利昂和乌干达)，<sup>62</sup> 要么接受这一类别(例如意大利和新加坡)。<sup>63</sup> 与此相反，另一些代表团则表示保留(例如巴西、智利、以色列、葡萄牙和美国)<sup>64</sup> 或反对(例如哥伦比亚、日本、马来西亚和联合王国)。<sup>65</sup> 北欧国家处于支持的代表团之列，它们强调了这一类别“非常广泛”和“包容”的性质，同时也强调了附加限定词“一般用于”的重要性，特别是与关于辅助手段辅助作用的解读一起考虑时。<sup>66</sup>

47. 奥地利、古巴、大韩民国和泰国对第三类仍不太信服。<sup>67</sup> 大韩民国质疑第三类是否会扩大本专题的范围，使之超出《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的规定。<sup>68</sup> 奥地利对是否存在其他类型的辅助手段持怀疑态度，并同意评注中表达的观点，即第三十八条第一项(卯)款中的现有类别已足够广泛，足以涵盖各种发展。<sup>69</sup> 联合王国呼吁谨慎行事，建议避免扩大辅助手段的类别，并确保与委员会先前处理辅助手段的工作保持一致，而意大利则表示注意到辩论情况，但没有采取任何立场。<sup>70</sup> 一些犹豫未定的代表团要求对第三类作进一步解释。

48. 最后，关于结论草案 3，有相当多的代表团支持辅助手段的六条一般性评估标准。<sup>71</sup> 然而，照样有代表团要求澄清一些问题，包括这些标准的含义、分量 and 次序。<sup>72</sup> 有代表团对结论草案提出了一些文字上的修改建议。例如，虽然很

<sup>62</sup> 见以下代表团的发言：智利(A/C.6/78/SR.31)、丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)、爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、希腊(A/C.6/78/SR.32)、墨西哥(同上)、荷兰王国(A/C.6/78/SR.31)和秘鲁(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>63</sup> 见以下代表团的发言：意大利(A/C.6/78/SR.31)和新加坡(同上)。

<sup>64</sup> 见以下代表团的发言：巴西的发言(同上)、智利的发言(同上)、以色列(同上)、日本(A/C.6/78/SR.32)、葡萄牙(A/C.6/78/SR.31)和美国(同上)。

<sup>65</sup> 见以下代表团的发言：哥伦比亚(A/C.6/78/SR.33)、日本(A/C.6/78/SR.32)、马来西亚(同上)、大韩民国(A/C.6/78/SR.31)和联合王国(同上)。

<sup>66</sup> 见丹麦(代表北欧国家)的发言(A/C.6/78/SR.30，第 116 段)。

<sup>67</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、古巴(A/C.6/78/SR.32)、大韩民国(A/C.6/78/SR.31)和泰国(同上)。

<sup>68</sup> 见大韩民国的发言(A/C.6/78/SR.31，第 8 段)。

<sup>69</sup> 见奥地利的发言(同上，第 20 段)。

<sup>70</sup> 见以下代表团的发言：联合王国(同上，第 37 段)和意大利(同上，第 26 段)。

<sup>71</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(同上)、巴西(同上)、智利(同上)、萨尔瓦多(A/C.6/78/SR.33)、德国(A/C.6/78/SR.31)、希腊(A/C.6/78/SR.32)、危地马拉(同上)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/78/SR.31)、以色列(同上)、意大利(同上)、墨西哥(A/C.6/78/SR.32)、荷兰王国(A/C.6/78/SR.31)、菲律宾(A/C.6/78/SR.32)、罗马尼亚(A/C.6/78/SR.31)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)、南非(A/C.6/78/SR.31)、泰国(同上)、乌干达(A/C.6/78/SR.32)和罗马教廷(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>72</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、智利(同上)、哥伦比亚(A/C.6/78/SR.33)、古巴(A/C.6/78/SR.32)、德国(A/C.6/78/SR.31)、希腊(A/C.6/78/SR.32)、以色列(A/C.6/78/SR.31)、马来西亚(A/C.6/78/SR.32)、荷兰王国(A/C.6/78/SR.31)、波兰(同上)、斯洛伐克(同上)、泰国(同上)和土耳其(A/C.6/78/SR.33)。

多代表团欢迎使用“应当”一词来表明灵活性，但新加坡希望用“可以”一词取代，因为该代表团认为，这样“将更清楚地表明，在评估辅助手段的分量时应当考虑的因素最终将取决于每个案子的具体情况”。<sup>73</sup>

49. 一些代表团欢迎这样一个事实，即一些标准的客观性为辅助手段的使用者提供了一个评估辅助手段的共同基准，并欢迎拟订其他考虑因素。例如，牙买加建议在该处增加一条新的“与法院或法庭正在审议的问题和事实相关”的标准，其依据是，在一项裁决以同样方式处理正在审议的事项的情况下，这一标准可能证明很重要，从而使法院或法庭有给予更多重视的余地。<sup>74</sup> 同样，泰国建议，以前就某一具体法律问题所作决定是否一致也可列入一般标准，因为这可以证明国际法的存在。<sup>75</sup> 法国等另一些代表团则警告，有些标准较为主观，可能会引起对辅助手段的不同解读。<sup>76</sup>

50. 各代表团对六条说明性标准中的每一条都提出了具体评论意见。列入代表性程度标准，特别是在世界不同区域和法律制度方面，受到了广泛赞扬。<sup>77</sup> 同样，一些国家强调，论证的质量，特别是与司法决定和学说有关的论证的质量，是最重要的考虑因素。<sup>78</sup> 它们认为应给予特别的分量。<sup>79</sup> 另几个代表团则强调，在评估辅助手段时，有关人员的专门知识以及他们之间的一致程度十分重要。<sup>80</sup> 关于各国和其他实体的接受情况这一条的分量，一些代表团倾向于首先提及该条，<sup>81</sup> 而另一些代表团则不确定其是否相关，要求对其加以限定。<sup>82</sup> 关于有关机构的任务规定，一个代表团强调，这种评估应以该机构的创始文书，而不是该机构自己对任务规定的解释为依据。<sup>83</sup> 最后，除评估辅助手段的一般标准外，一些代表团还敦促委员会在评注中进一步举例说明目前的标准，或者响应委员会一些委员提出的类似观点，建议委员会就不同类型的辅助手段制定更具体的标准。<sup>84</sup>

<sup>73</sup> 见新加坡的发言(A/C.6/78/SR.31，第5段)。

<sup>74</sup> 见牙买加的发言(A/C.6/78/SR.33，第20段)。

<sup>75</sup> 见泰国的发言(A/C.6/78/SR.31，第118段)。

<sup>76</sup> 见以下代表团的发言：法国(同上)、马来西亚(A/C.6/78/SR.32)和土耳其(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>77</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、巴西(同上)、萨尔瓦多(A/C.6/78/SR.33)、意大利(A/C.6/78/SR.31)、塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32)和乌干达(同上)。

<sup>78</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31)、德国(同上)和美国(同上)。

<sup>79</sup> 见以下代表团的发言：德国(同上)和美国(同上)。

<sup>80</sup> 见罗马教廷的发言(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>81</sup> 见以下代表团的发言：古巴(A/C.6/78/SR.32，第3段)和波兰(A/C.6/78/SR.31，第45段)。

<sup>82</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31，第23段)和荷兰王国(同上，第73段)。

<sup>83</sup> 见土耳其的发言(A/C.6/78/SR.33，第25段)。

<sup>84</sup> 见以下代表团的发言：智利(A/C.6/78/SR.31)、哥伦比亚(A/C.6/78/SR.33)、德国(A/C.6/78/SR.31)和以色列(同上)。

### 3. 对起草委员会暂时通过的结论草案的评论意见

51. 虽然委员会尚未通过起草委员会已暂时通过的结论草案 4 和 5 及其评注，但各代表团就这些结论草案提出了一些有益的评论意见。应当记得，这些结论草案旨在初步充实结论草案 2 所述的前两类手段，即“法院和法庭的决定”及“学说”。特别报告员回顾，起草委员会根据国际法委员会先前的工作和特别报告员的第一次报告一致认为，宜澄清和借鉴关于习惯国际法的识别的结论和关于一般法律原则的结论草案，以处理那些规范辅助手段与条约、习惯国际法和一般法律原则所载规则之间关系的方面。

52. 在这方面，若干代表团对结论草案 4 表示赞同，该结论草案涉及法院和法庭的决定，并规定，此类决定，特别是国际法院的决定，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。<sup>85</sup> 在第 2 段中，国家法院决定的相关性也得到了承认，但其使用受到“在某些情况下”这一表述的限制。

53. 关于结论草案 4 的第一段，一些代表团支持委员会的做法，其中许多代表团强调国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，作为处理一般国际法事项的辅助手段的重要性。<sup>86</sup> 它们认为，这些决定在限制不成体系问题和确保体系整合方面发挥了关键作用。<sup>87</sup> 与此相反，另一些代表团尽管同意给予国际性法庭，特别是联合国主要司法机关的决定更多分量，但对国际法院的决定是否可被视为所有国际法事项的最终权威表示怀疑。<sup>88</sup> 一些代表团和一些委员强调，在国际法的一些专门领域，具有更具体专门知识的专门法院或仲裁机构的决定可能更有分量。<sup>89</sup> 有几个代表团敦促谨慎行事，避免暗示国际性法院和法庭的司法决定之间存在等级之分。<sup>90</sup>

54. 结论草案 4 第 2 段涉及国家法院的决定作为辅助手段，该段引起的评论最多。所有就这一问题发言的代表团都同意，在确定国际法规则时应谨慎使用国家法院的决定，一些代表团指出，国家法院的决定具有双重功能，既是国家实

<sup>85</sup> 起草委员会暂时通过的结论草案 4 行文如下：

#### 结论草案 4

##### 法院和法庭的决定

1. 国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。
2. 在某些情况下，国家法院的决定可用作确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。

<sup>86</sup> 见以下代表团的发言：巴西(A/C.6/78/SR.31)、丹麦(代表北欧国家)(A/C.6/78/SR.30)和墨西哥(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>87</sup> 见丹麦(代表北欧国家)的发言(A/C.6/78/SR.30，第 112 段)。

<sup>88</sup> 见以下代表团的发言：白俄罗斯(A/C.6/78/SR.31，第 50 段)和斯洛伐克的发言(同上，第 130 段)。

<sup>89</sup> 见以下代表团的发言：白俄罗斯(同上，第 50 段)和斯洛伐克(同上，第 130 段)。

<sup>90</sup> 见斯洛伐克的发言(同上，第 130 段)。

践的证据，也是辅助手段。<sup>91</sup> 代表团提出了若干理由(包括国际法律问题的论证可能质量较低)要求谨慎行事，以避免某些国家法院的判例优于其他国家的判例，以及某些原则可能具有特殊性。<sup>92</sup> 有代表团要求澄清这一结论草案与结论草案 2(b)分段之间的关系，<sup>93</sup> 而一些代表团则要求详细阐明“在某些情况下”等关键短语，并制定进一步的标准，以指导对国家法院决定的使用，例如将其限于适用国际法的国家法院的决定。<sup>94</sup> 一个代表团提出了一项深思熟虑的建议，在结论草案 4 中提及代表性，以确保与结论草案 5 保持一致，从而确保在评估司法决定时，世界不同区域和法律体系都得到代表。<sup>95</sup>

55. 结论草案 5 规定，学说，特别是那些普遍反映来自世界各法律制度和各区域的具有国际法专业能力的人的一致观点的学说，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。<sup>96</sup> 第二句指出，在代表性的评估方面，除其他外，应当适当考虑到性别和语言多样性。

56. 若干代表团对结论草案 5 表示欢迎，其中一些代表团强调它们同意第一句，特别是强调需要进一步包容世界各法律制度和各个区域，<sup>97</sup> 而另一些代表团则强调支持第二句，特别是需要适当考虑性别和语言多样性。<sup>98</sup> 有两个代表团<sup>99</sup> 特别要求委员会将种族多样性列入需要考虑的有关标准，而其他代表团则强调，列入代表性标准，特别是关于性别和语言多样性的标准，要么没有必要，要么需要进一步仔细审查，因为这些考虑因素应该是次要的。<sup>100</sup> 总体而言，各代表

<sup>91</sup> 见以下代表团的发言：捷克共和国(同上)、葡萄牙(同上)、泰国(同上)和罗马教廷(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>92</sup> 见以下代表团的发言：捷克共和国(A/C.6/78/SR.31)、斯洛伐克(同上)和罗马教廷(A/C.6/78/SR.33)。

<sup>93</sup> 见以下代表团的发言：匈牙利(A/C.6/78/SR.31，第 67 段)和马来西亚(A/C.6/78/SR.32，第 53 段)。

<sup>94</sup> 见以下代表团的发言：爱沙尼亚(A/C.6/78/SR.33)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/78/SR.31)、菲律宾(A/C.6/78/SR.32)、葡萄牙(A/C.6/78/SR.31)、斯洛伐克(同上)和南非(同上)。

<sup>95</sup> 见意大利的发言(A/C.6/78/SR.31，第 27 段)。

<sup>96</sup> 起草委员会暂时通过的结论草案 5 行文如下：

**结论草案 5**

**学说**

学说，特别是那些普遍反映来自世界各法律制度和各区域的具有国际法专业能力的人的一致观点的学说，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。在评估学说的代表性时，除其他外，应当适当考虑到性别和语言多样性。

<sup>97</sup> 见伊朗伊斯兰共和国的发言(A/C.6/78/SR.31，第 106 段)。

<sup>98</sup> 见以下代表团的发言：萨尔瓦多(A/C.6/78/SR.33)、葡萄牙(A/C.6/78/SR.31)、斯洛伐克(同上)和乌干达(A/C.6/78/SR.32)。

<sup>99</sup> 见以下代表团的发言：塞拉利昂(A/C.6/78/SR.32，第 46 段)和乌干达(同上，第 26 段)。

<sup>100</sup> 见以下代表团的发言：伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/78/SR.31，第 106 段)和菲律宾(A/C.6/78/SR.32，第 19 段)。

团强调指出，论证的质量应是首要标准。<sup>101</sup> 与此同时，一些代表团要求委员会强调学说的辅助作用，说明学说只是协助确定国际法的相关规则。<sup>102</sup> 另一些代表团则赞同在委员会就本专题进行辩论期间表达的意见，怀疑大体一致的观点的标准是否会产生意想不到的效果，缩小应考虑的相关学说的范围。<sup>103</sup>

### C. 辩论中出现的问题和前进方向

57. 鉴于国际法委员会各位委员和各国在第六委员会关于本专题的辩论期间的普遍积极评论，特别报告员认为，在讨论第二次报告处理的辅助手段的作用和先例问题等实质性问题之前，不妨先提出四项一般性但重要的意见。

58. 首先，如特别报告员先前所述，他欢迎各位委员和第六委员会各代表团对该专题表现出的浓厚兴趣。显然，委员会和第六委员会都大力支持迄今为止就本专题开展的工作。委员会暂时通过的三项结论草案和起草委员会暂时通过的两项结论草案受到普遍欢迎。一些代表团提出了建设性的批评意见，尽管特别报告员可能不一定全部认同，但他认为这些意见是委员会和第六委员会间富有成效的对话的重要组成部分。参与国的评论意见无疑将成为特别报告员和委员会今后就这一专题开展工作的宝贵灵感来源。

59. 其次，如前几节所述，一些代表团在大会第七十八届会议(2023年)期间提出了具体的案文建议，对结论草案进行修订，对其评注进行扩充。特别报告员欢迎所有这些建议，将认真加以考虑；他鼓励委员会其他委员也这样做。

60. 在此不妨澄清，特别报告员未在本报告中对批评意见和建议作出实质性回应。原因是，委员会的工作方法一般不允许在暂时通过案文及其评注后的一年内对其进行修订。因此，他提议在本专题一读期间处理所有实质性批评意见以及对暂时通过的结论及其评注的修订建议。在该阶段，本专题引发的实质性问题也应当更加明确，而且这一做法与委员会的惯例大体一致。鉴于本专题各个方面的相互关联性，提出一整套按连贯一致的部分编排的结论草案及其评注，将使各国能够提出深思熟虑的意见，为委员会关于本专题的二读和终读做好准备。

61. 第三，关于本专题的范围，如特别报告员在委员会和第六委员会的辩论结束时所述，本专题的广义范围和工作方向现已明确划定。因此，根据迄今已收到的评论意见，特别报告员认为，委员会没有理由偏离现已得到各国普遍认可的其提交大会的第七十四届会议工作报告中界定的范围。

62. 第四点，也是最后一条实质性意见，涉及国际法的一致性和统一性或不成体系的问题。在第一次报告中，鉴于根据《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款，司法判例是确定国际法规则的既定辅助手段，特别报告员提出了他的初步看法，即实践已表明，不同的国际性法院和法庭可能同时处理相同的争端，

<sup>101</sup> 见以下代表团的发言：奥地利(A/C.6/78/SR.31，第23段)和菲律宾(A/C.6/78/SR.32，第15段)。

<sup>102</sup> 见白俄罗斯的发言(A/C.6/78/SR.31，第52段)。

<sup>103</sup> 见菲律宾的发言(A/C.6/78/SR.32，第19段)。

在这样做时，它们有时可能就基本相同的法律问题作出相互矛盾的裁决。他认为，对司法判例的研究自然会出现这一问题，因此可能影响本专题的范围及其效用和复杂性。为此，特别报告员在其报告中以及向委员会介绍报告时，都请委员会就是否处理这一问题提供指导。在总结第一次全体辩论时，特别报告员指出他认为应进一步审查这一问题，同时建议在收到各国的评论意见前推迟就这一问题做出决定。在考虑委员会委员和各国的意见后，他坚信，应在本专题内适当处理这一问题。

63. 最初，特别报告员考虑在本报告中处理这一问题。但是，出于各种原因，包括担心报告的篇幅及简洁性，他认为，讨论辅助手段、特别是司法判例及其与国际法渊源的相互关系如何有助于促进国际法内部的体系整合问题可能更有成效。特别报告员提议在今后一份报告中探讨这些专题，这些专题与国际法的统一性和一致性问题相联系。在该阶段，他还认为应处理一些委员和某些国家的建议，即本专题还应澄清规定“辅助手段”的《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款与《维也纳条约法公约》第三十二条规定的“解释之补充资料”之间的联系。

### 三. 确定国际法规则的辅助手段的作用

#### A. 本专题以往对作用的讨论

64. 特别报告员的第一次报告以及委员会和第六委员会的辩论都确认，特别报告员的部分任务是澄清确定国际法规则的辅助手段的作用及其与国际法渊源的关系。因此，特别报告员将在本报告这一节中通过审查辅助手段的关键作用或功能简要探讨这一问题，各种辅助手段的更具体作用则需要在今后的报告中加以审议。

65. 特别报告员在其第一次报告中只是含蓄地谈到了司法判例的作用，认为它们对渊源起辅助或协助功能。它们因此被用于识别和确定国际法规则。关于学说，即第三十八条第一项(卯)款所述的第二类辅助手段，特别报告员在其第一次报告中确认了三种更具体的作用(即他所称的学说的解释、说服和编纂/逐渐发展作用)。所有这些作用都在性质上与司法判例的作用相似，因为它们都协助识别和确定国际法规则。

66. 在更直接地探讨辅助手段的作用前，需要回顾一些要点。特别报告员在第一次报告中，基于对这一问题的初步审查，指出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，在讨论确定国际法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与国内法律体系的对比发表一些一般性意见是有益的。在探讨国际法律体系的主要特征、包括其分散和横向的性质后，着重说明了第三十八条第一项的中

心地位，以强调其作为联合国主要司法机关国际法院的《规约》的适用法律规定的重要意义，同时考虑到该规定被视为反映了习惯国际法。<sup>104</sup>

67. 然后审查了两个核心问题。首先，《国际法院规约》第三十八条第一项按特定顺序列出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((子)款)；国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者((丑)款)；一般法律原则((寅)款)，该条款是否确立了各种国际法渊源间的正式等级。不过，虽然在起草第三十八条时，曾考虑对各种渊源进行某种等级划分，但起草者最终决定不这样做。法学家咨询委员会成员普遍认为，常设国际法院可以考虑所有三个渊源，在一些情况下甚至可以同时考虑。因此，原则上，条约、习惯国际法和一般法律原则在《国际法院规约》的适用法律规定中处于平等的地位。<sup>105</sup>

68. 尽管如此，特别报告员在第一次报告中强调，虽然正式立场表明第三十八条所载各项渊源没有等级之分，但实际上存在等级。这是因为在处理与国家间争端有关的问题时，各国和从业人员以及国际法院都倾向于更多地依靠条约和习惯国际法。<sup>106</sup>对一般法律原则的依赖较为有限，至少在国际法院的实践中如此。事实上，实践证实，虽然在技术上与其他两个渊源相同并绝非处于从属地位，但在国际法的渊源中一般法律原则更多发挥填补空白的作用，委员会本身在单独关于该专题的工作中就得出这样的结论。<sup>107</sup>

69. 第二个问题涉及第三十八条第一项前三款与(卯)款之间是否存在区别；前三款所载内容通常被称为渊源或形式渊源，(卯)款则列出有时被称为实质渊源或文献渊源的辅助手段，即司法判例和学说。报告解释说，关于国际法渊源在文献中存在一些意见分歧，有些学者和从业人员主张渊源与辅助手段之间有明确的分界线，另一些人则认为没有这样的区分。<sup>108</sup>

70. 简言之，一种观点认为，第三十八条第一项建立了两个单独的清单：第一个清单(即(子)至(寅)款)是可从中提取国际法规则的渊源，第二个清单提供了可识别和确定此类规则的手段((卯)款)。<sup>109</sup>换言之，这两份单独的清单首先反映了第三十八条(子)至(寅)款中所谓的造法程序，其次(卯)款则涉及法律确定媒介。<sup>110</sup>

<sup>104</sup> 见 [A/CN.4/760](#)，第 170 段。

<sup>105</sup> 同上，第 191 段。

<sup>106</sup> 同上，第 192 段。

<sup>107</sup> 关于一般法律原则的结论草案 10 和 11(委员会一读通过)，《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第 40 段，见第 12 和 13 页。

<sup>108</sup> 见 [A/CN.4/760](#)，第 194-198 段。

<sup>109</sup> 同上，第 198 段。

<sup>110</sup> Georg Schwarzenberger, "International law as applied by international courts and tribunals, 1957", in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci, eds., *British Contributions to International Law, 1915-2015: An Anthology Set*, vol. 1 (Leiden and Boston, Brill Nijhoff, 2021), pp. 96-98. 另见 Martin C. Ortega Carcelén, "Análisis del valor creador de la jurisprudencia en el derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, No. 2 (July-December 1988), pp. 55-88.

前者的重点是国家如何创设特定的国际法规则，后者的重点则是所称原则如何通过法官使用先前的司法判例或通过查阅学术著作来加以核实。这一方法可以说是文献中的多数观点，得到长期实践以及第三十八条起草历史的支持。<sup>111</sup>

71. 第二种观点是国际法的渊源和辅助手段之间没有区别，这种观点较不可信，因为它未得到第三十八条案文和起草历史的支持。<sup>112</sup> 这种观点本质上认为辅助手段和渊源具有同等地位。不过，持这种观点的人之间也有一些细微差别，一些作者认为一般法律原则和司法判例是准形式国际法渊源，称学说最终相关性较低。<sup>113</sup>

72. 特别报告员分析不同立场后得出结论认为，法律渊源与辅助手段之间有区别。<sup>114</sup> 前者阐明法律，后者则可用于确定适用何种法律。他认为，虽然他承认文献中有些人提出了另一种立场，但在他看来，司法判例和学说是从属于第三十八条第一项(子)至(寅)款所列渊源的。<sup>115</sup>

73. 至于辅助手段(即第三十八条第一项(卯)款所述的司法判例和学说)本身，特别报告员指出，原则上，这两类辅助手段之间没有区别，也没有等级之分。<sup>116</sup> 当然，司法判例在实践中确实比学说更重要，学说的影响力随着国际法司法化程度提高而逐渐下降。尽管如此，鉴于它们的性质，他也提醒说，更具相关性的问题并不是司法判例是否比学说更重要，而是二者发挥不同但最终互补的作用，为法官找到解决实际法律问题的办法提供了途径。<sup>117</sup> 最后，在说明它们的复杂性后，特别报告员得出结论认为，本报告需要进一步探讨辅助手段的地位和作用以及第三十八条第一项(卯)款内的辅助手段与(子)至(寅)款中的条约、习惯国际法和一般法律原则之间的相互作用和关系。<sup>118</sup>

<sup>111</sup> 见 A/CN.4/760，第 248 段。

<sup>112</sup> 特别报告员在第一次报告中详细讨论了这两种观点(同上，第 199-208 段)。另见 Robert Yewdall Jennings, “The judiciary, international and national, and the development of international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, No. 1 (1996), pp. 3 and 4 (“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”); Mohamed 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>113</sup> Gerald Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, in Barrett and Gauci, *British Contributions to International Law*, p. 493.

<sup>114</sup> 见 A/CN.4/760，第 345 段。

<sup>115</sup> 同上，第 335 段。

<sup>116</sup> 同上，第 348 段。

<sup>117</sup> 同上，第 259 段。

<sup>118</sup> 同上，第 208 段。

## B. 国际法委员会和第六委员会关于辅助手段的作用的意见

74. 在关于本专题的第一次辩论中，委员会数位委员<sup>119</sup>和第六委员会一些代表团<sup>120</sup>就辅助手段的一般性作用以及在一些情况下具体就司法判例、学说和其他手段提出了初步意见。辩论参与者普遍认为，辅助手段是辅助性的，是用以解释渊源或识别或确定国际法规则的效力和法律后果的工具。辅助手段尽管被称为发挥辅助性作用，但它们仍很重要，在确定国际法规则过程中发挥补充作用，也就是说，它们是用于识别、解释和适用国际法规则的有用材料。

75. 委员会在提交大会的其第七十四届会议工作报告中，认真考虑了英文中“subsidiary means”一词的模糊性以及《国际法院规约》第三十八条第一项的各种正式语文文本，在关于结论草案1的评注中解释说，辅助手段对于渊源是辅助性的。<sup>121</sup>结论草案2(c)分段提到了辅助手段的协助作用。<sup>122</sup>随后在结论草案1的评注中澄清说，辅助手段“的性质不同于《规约》第三十八条第一项(子)至

<sup>119</sup> 见以下人员在2023年全体会议的发言：达波·阿坎德先生(2023年5月25日第3632次会议)；马蒂亚斯·福尔托先生(A/CN.4/SR.3626)；罗尔夫·埃纳尔·法伊夫先生(A/CN.4/SR.3628)；威拉旺·曼格拉达那库女士(A/CN.4/SR.3630)；伊冯·明加尚先生(A/CN.4/SR.3627)；奥古斯特·赖尼施先生(2023年5月25日第3631次会议)；朱塞佩·内西先生(同上)；尼吕费尔·奥拉尔女士(同上)；佩内洛普·赖丁斯女士(A/CN.4/SR.3629)。

<sup>120</sup> 见以下发言：中国(“结论草案1界定了委员会暂时通过的关于确定国际法规则的辅助手段的结论草案的范围，其总体符合《国际法院规约》第三十八条的规定，其中将辅助手段确定为国际法的补充渊源，不是主要渊源”(A/C.6/78/SR.29,第91段)；哥伦比亚(“若委员会能够更加明确地界定结论草案3标题中的‘确定’一词，从而澄清辅助手段发挥什么功能以及应当如何使用，则可能消除潜在的困扰”(A/C.6/78/SR.33,第46段)；捷克共和国(“委员会已经同意，辅助手段不是国际法的正式渊源，其作用是协助识别和确定国际法规则”(A/C.6/78/SR.31,第59段)；爱沙尼亚(“[爱沙尼亚]支持关于这一专题的未来工作计划，包括特别报告员的打算——研究辅助手段的来源、性质和范围，研究司法判例及其与国际法主要渊源的关系”(A/C.6/78/SR.33,第33段)；希腊(“关于辅助手段的功能，委员会最好能对辅助手段与存在国际法规则的证据之间的区别作进一步的分析”(A/C.6/78/SR.32,第66段)；爱尔兰(“爱尔兰代表团同意委员会对辅助手段辅助功能的阐述[.....]。爱尔兰同意，辅助手段并不构成单独或独特的国际法渊源，而是阐明法律的一种手段”(A/C.6/78/SR.31,第144段)；马来西亚(“如委员会报告(A/78/10)所述，委员们表示同意特别报告员的意见，即辅助手段不是国际法的渊源，并强调辅助手段的功能是协助确定国际法规则”(A/C.6/78/SR.32,第49段)；菲律宾(“[菲律宾]可以支持列入一项关于辅助手段作用的结论草案的建议，其中也可以提及使用辅助手段来解释其他渊源或确定某些规则的效力和法律后果”(同上,第18段)；斯洛伐克(“然而，值得研究的是，‘使用’一词是否包含了特别报告员打算在其工作中处理的所有方面，如辅助手段的起源和功能”(A/C.6/78/SR.31,第127段)；联合王国(“[联合王国]同意委员会的意见，即必须详细说明辅助手段的功能，并界定‘确定规则’的含义”(同上,第37段)；美国(“在委员会的研究中尽早评估辅助手段的功能非常重要”(同上,第17段)；罗马教廷(“从《国际法院规约》的法文本和西班牙文本可以清楚地推断出，确定国际法规则的辅助手段起辅助作用，因此本身并非法律渊源”(A/C.6/78/SR.33,第57段)。

<sup>121</sup> 见结论草案1评注第(6)段，《大会正式记录，第七十八届会议，补编第10号》(A/78/10)，第127段，见第77页。

<sup>122</sup> 结合前导句，结论草案2(c)分段规定确定国际法规则的辅助手段包括“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”。见结论草案2评注第(19)段，《大会正式记录，第七十八届会议，补编第10号》(A/78/10)，第127段，见第84页。

(寅)款明确列举的法律渊源”。<sup>123</sup> 因此，辅助手段的主要作用是“协助或帮助确定国际法律规则是否存在，如果存在，这些规则的内容如何”，辅助手段被确认为辅助性的，“不属于本身即可适用的法律渊源”。<sup>124</sup> 结论草案 2(c)分段阐述了同样的观点，指出辅助手段的一个关键作用是协助确定国际法规则。

76. 委员会以前在习惯国际法的识别、一般法律原则和一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果等专题方面的工作也确认了辅助手段的辅助性质。其证据包括关于习惯国际法的识别的结论 13 和 14，其中述及决定和学说在识别习惯国际法规则方面的作用和权重；关于一般法律原则的结论草案 8 和 9，涉及决定和学说在识别一般法律原则方面各自的辅助作用。在关于习惯国际法的识别的结论 13 的评注第(2)段中，委员会解释说，除其他外，辅助手段“表明了这类判决在阐明法律方面的补充作用，而并非(像条约、习惯国际法或一般法律原则那样)本身就是国际法的渊源”。<sup>125</sup> 同样基于《国际法院规约》第三十八条第一项的这两个专题中的一条类似评注解释说，学说本身不是国际法的渊源，“但可为确定[习惯国际法规则]和[一般法律原则]的存在及内容提供指导”。<sup>126</sup> 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，结论草案 9 规定，司法判例可用作识别和确定强行法规范的辅助手段，但其本身并不构成这种接受和承认的证据，而在一些情况下，国家或国际组织设立的专家机构的工作成果和学说也可作为此种手段。<sup>127</sup>

77. 鉴于上述情况，并根据委员会先前的工作，似乎已就确定国际法规则的辅助手段的辅助或协助作用达成共识。这意味着，司法判例和学说——可能还有委员会今后关于这一专题的工作中确定存在的其他辅助手段——的关键作用是提供帮助或支持或协助渊源。因此，从这一前提出发似乎是合宜的。由此，并从下文的分析着手，将说明辅助手段在实践中被用于协助确定国际法规则的存在和内容。把重点放在辅助或协助作用上似乎很合理，因为似乎这是其主要作用或基本特征。不过，由于篇幅所限以及方法上的考虑，可能有一些辅助手段的具体作用必须在今后的报告中加以阐述。这些作用可能相互重叠，或甚至是不同的。在许多情况下，辅助手段会互为补充。

<sup>123</sup> 见结论草案 1 评注第(6)段，同上，见第 77 页。

<sup>124</sup> 同上。

<sup>125</sup> 《2018 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段，见第 91 页；《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第 40 段，见第 12 页；《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 109 页，第(2)段。另见关于一般法律原则的结论草案 8 评注第(1)段(《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第 41 段，第 25 页)和结论草案 9 第(2)段(同上，第 28 页)。

<sup>126</sup> 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页。

<sup>127</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 9 及其评注，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 44 段，见第 43-47 页。

### C. 辅助手段的辅助性质和作用

78. 委员会已确定辅助手段对渊源起辅助作用，一些国家似乎也已认同。这一结论有几个理由。首先，从符合《维也纳条约法公约》第三十一条第一款的对《国际法院规约》第三十八条第一项的案文解释开始，<sup>128</sup> 我们可以评估条款用语按其上下文并参照条款之目的及宗旨所具有之通常意义。此外，如果含义仍不明确，可使用补充解释资料。这将包括第三十八条第一项的准备工作及其缔结的情况，可以此为基础来确认含义或消除模糊、晦涩或明显荒谬或不合理的解释结果。

79. 如上文和特别报告员第一次报告所述，第三十八条第一项(卯)款的案文有一些模糊之处，在文献中引发了许多讨论。仅为探讨辅助手段作用的目的，并纯粹基于案文，没有必要重复所有这些论点或先前对术语“辅助手段”的含义<sup>129</sup>或“确定法律规则”的含义<sup>130</sup>的逐步分析。只需指出，根据该分析和文献以及案文本本身，“辅助手段”的概念意味着有一些手段在性质上是主要的。主要手段是渊源。在这方面，在适用《国际法院规约》第三十八条第一项时，法官必须注意规则的法律确定的至少两个层面。

80. 第一层确定要求法院在履行其职能时，“对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之”，“适用”条约、习惯国际法和一般法律原则等渊源。这是法官的首要任务和确定内容：在各国商定的法律渊源中，以及在现有的国际法中，在国家和国际组织以及国际组织间商定的法律渊源中寻找并适用相关规则。这些渊源植根于主权国家的同意，因此可以作为衡量标准。特别报告员认为，适用第三十八条第一项的该部分任务必然要求法院将在第一项(子)至(寅)款所列渊源之一中找到的某一规则适用于其所审理案件的事实，然后解决争端，或在提供咨询意见时这样做。这是法院的主要任务，即：依靠法律渊源，法院可以解释并适用可适用的法律。

81. 关于援引渊源是法律确定的主要层面的论点在文献中得到支持，<sup>131</sup> 也符合常设国际法院和国际法院的广泛实践。例如，在案件解决过程中，国际法院在遇到当事方对某一条约规则有不同解释时，要确定对该规则的正确解释，然后将其适用于所审理的案件。适用习惯国际法或一般法律原则所需的司法任务相对来说更为费力。这是因为必须进行分析以确定：就前者而言，是否满足两个要素的检验标准(即存在与法律确信相配的国家实践)，就后者而言，是否存在各

<sup>128</sup> 第三十一条第一款规定：“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。

<sup>129</sup> 见 [A/CN.4/760](#)，第 334 段。

<sup>130</sup> 同上，第 339 段。

<sup>131</sup> 见 Aldo Zammit 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, pp. 649-661; Mads Andenas and Johann Ruben Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 77, pp. 907-972, at p. 927.

法律体系共有的一般法律原则，如果是，是否可将其转用于国际法律体系。法院的职能是依照国际法解决争端，在如此处理具体案件时，法官必须始终通过审查渊源以及除此之外审查辅助手段来确定拟适用的适用国际法规则。这并不是说这一过程是机械的，或渊源与辅助手段之间没有相互关系。

82. 第二层、也是更具“辅助性”层面的法律确定来自于通过辅助手段确定国际法规则，辅助手段亦即司法判例或学说，拟用其来首先识别在特定问题上是否存在国际法规则，一旦确定存在，即适用该规则。法官可以直接从渊源中寻找要适用的规则，与渊源不同的是，法官在使用辅助手段时要采取间接方式。事实上，与现任特别报告员一样，一些作者称：“‘辅助手段’一词表明，司法判例在先主要确定法律规则后适用并以此为依托。”<sup>132</sup> 这实质上意味着：“它们不能自成一体，而必须参照其他法律渊源”。<sup>133</sup>

83. 换言之，法院将在识别和确定过程中依靠辅助手段，使其能够确立规则的依据和范围，而不是使用直接在法律渊源中找到的规则。在这方面，法院可能为此目的使用自己的决定或前南斯拉夫问题国际刑事法庭<sup>134</sup> 等其他法院或人权事务委员会<sup>135</sup> 等裁判机构的决定，或在较少情况下，使用法院认为有说服力的学说<sup>136</sup> 来核实是否应适用某一特定法律规则，如果是，确定规则的范围和内容，然后将其适用于手头的具体案件。辅助手段因此是附属于渊源的。

#### D. 起草历史证实辅助手段的辅助作用

84. 前述案文解读可由起草历史证实。特别报告员在其第一次报告中详尽审查了《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款的起草历史。他解释说，与条约、习惯国际法和一般法律原则等渊源不同，列入辅助手段的提议最初始于应允许法院审查“国际判例作为法律适用和发展之手段者”这一概念。<sup>137</sup> 一项类似提议后来提出“法学家观点作为法律适用和发展之手段者”。<sup>138</sup> 从这个意义上说，

<sup>132</sup> Andenas and Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’”, p. 927.

<sup>133</sup> 同上。

<sup>134</sup> 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，判决，《2015年国际法院案例汇编》，第3页起，见第61页，第129段(“应由法院在适用《公约》时裁定是否实施了灭绝种族行为，但不应由法院来确定此类行为的个人刑事责任。……但法院在审查本案中灭绝种族罪的构成要件时，要酌情考虑国际性刑事法院或法庭的裁决，特别是前南斯拉夫问题国际法庭的裁决，正如法院在2007年所做的那样”)。

<sup>135</sup> 见艾哈迈德·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，见第664页，第66段(“虽然本院在行使司法职能时绝无义务参照该委员会对该《公约》的解释来解释《公约》，但本院认为，对于专门为监督该条约的适用情况而设立的这一独立机构所做的解释，应予以高度重视。关键在于，要实现国际法必要的明确性和至关重要的一致性，以及法律上的安全性，权利受到保障的个人和有义务遵守条约义务的国家都应享有这种法律上的安全性”(原文无着重标示)。

<sup>136</sup> 见陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加)，判决，1992年9月11日，第394段(援引“《奥本海国际法论》历任编辑”)。

<sup>137</sup> 见 A/CN.4/760，第215段。

<sup>138</sup> 同上，第227段。

起草者为国际判例(这一术语后来扩大到指“司法判例”)和学说设想的作用似乎有相似之处,即它们可得到适用,而且它们还可被用来发展法律——这一点更具争议性。<sup>139</sup>

85. 在起草者间似乎相当热烈的早期讨论中,重点是在协议法或习惯国际法都没有规定规则的情况下,法官应适用何种法律。正如特别报告员的解释,这随后引发了关于一般法律原则及其与“国际判例”的关系的长期辩论。<sup>140</sup> 辩论的一个重要方面是法学家咨询委员会的一些成员感到不安,他们认为,如果最初的提法获得通过,法官将承担造法任务,他们认为各国不会接受。不管怎样,最终的结论是,虽然不正式从属于渊源,但一般法律原则可发挥关键作用,特别是在无法可依的情况下。还认为,司法判例和学说也是如此。

86. 当然,在20世纪20年代中期,当时甚至还未建立常设国际法庭,国际法仍处于不成熟的发展阶段,这使专家们担心,因为常设国际法院可能会要宣布无法可依。<sup>141</sup> 随着讨论的深入,在起草者间达成了关键共同点,即判例和学说不创造法律,但它们“帮助确定存在的原则”。<sup>142</sup> 因此,一名成员认为,法官可以使用学说和判例,但它们只应起到阐释作用,另一名成员则认为,法官对其“应作为补充使用,以澄清国际法原则”。<sup>143</sup> 阐释的概念是指对某一事物进行解释,以使其明确或更加清晰。

87. 必须找到折衷方案。正如后来许多著述者所述,一些起草者认为,未来的国际法院法官只能照实选择和适用给予他们的法律规则,仅此而已,这一狭隘观点被认为不可接受。出席国际联盟大会的联合王国代表明确提出,判例可随时间推移塑造、影响甚至发展国际法(促成引入了第三十八条开头的修饰语)。<sup>144</sup> 另一方面,扩大法官的作用,使其作为立法者可介入填补法律空白——特别是鉴于当时国际法尚不成熟——以避免无法可依,也未获得共识。法学家咨询委员会主席 Descamps 男爵的折衷措辞反映了这一点,其最终将司法判例和学说定性为“确定法律原则之补助资料者”。<sup>145</sup>

<sup>139</sup> 同上,第215和227段。

<sup>140</sup> 同上,第217段(援引《委员会议事录,1920年6月16日至7月24日》(海牙, Van Langenhuyssen Brothers, 1920年),第310-315页)。

<sup>141</sup> 见 A/CN.4/760,第217段(援引《委员会议事录,1920年6月16日至7月24日》,第296页)。

<sup>142</sup> 同上,第223段(援引《委员会议事录,1920年6月16日至7月24日》,第336页)。

<sup>143</sup> 同上(援引《委员会议事录,1920年6月16日至7月24日》,第336页)。

<sup>144</sup> 见 Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, United Kingdom, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), pp. 56-64。此外,1926年,后来的常设国际法院院长 Cecil Hurst 爵士也就此问题撰文,指出:“法院这项决定体现的规则适用范围有多大,这是一个目前无法回答的问题。……法院将从其作出的裁决中逐步建立关于这一问题的法律规则,因为无疑这些前后的裁决将构成先例,就像早期英格兰法院的前后裁决建立了英格兰普通法一样。”同上,第13页。

<sup>145</sup> 见 A/CN.4/760,第231段(援引《委员会议事录,1920年6月16日至7月24日》,第620页)。另见 Amos O. Enabulele, “The avoidance of *non liquet* by the International Court of Justice, the completeness of the sources of international law in Article 38(1) of the Statute of the Court and the role of judicial decisions in Article 38(1)(d)”, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 38, No. 4 (2012), pp. 617-652。

88. 尽管辅助手段有辅助或填补空白和协助的作用，但正如 Shabtai Rosenne 所言，“司法判例、特别是国际法院的判例不能被降低至附属的地位”。<sup>146</sup> 这种观点注重常设国际法院和国际法院的实际作为，而非《规约》对其应做什么的规定，根据这一务实的观点，“可与所有相关书状结合在一起审查的国际判例法的扩展正在通过对具体情况的适用促成司法编纂、或至少是法律重述”。<sup>147</sup> 这一结论表明了出席国际联盟大会的联合王国代表的先见之明，该代表指出一套稳定的判例在塑造国际法方面的影响和作用，没有遭到反对。<sup>148</sup> 显然，在通过阐释解释某一问题以使其更加清晰时，负责这项任务的法官或法院可帮助塑造一项规则的轮廓，这是履行这一任务的固有部分。另一方面，正如国际法院自己所作的谨慎解释——即便这一说法可被视为只是为了在有争议的问题上打消各国疑虑的否认，法院本身的作用是说明法律，“情况的确如此，纵使本院在说明和适用这种法律时，必须具体说明法律的范围，有时还指出法律的一般趋势”。<sup>149</sup>

#### E. 国际法院和其他国际法庭的实践证实辅助手段的辅助作用

89. 虽然国际法院经常援引自己的判例、其前身常设国际法院的判例以及其他国际性法院和法庭的判例，但这是例行做法，秘书处在关于本专题的第二份备忘录中已确认这一点。而从方法论上讲，国际法院并不总是解释自己或其行动的依据，在其行动可以说是例行公事的情况下尤其如此。因此，尽管常设国际法院的裁判和咨询意见并不提及《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款，法院对第三十八条第四项却有具体提及，但提及次数屈指可数。在国际法院的多数意见中，为某一法律问题援引学说的情况也相当罕见(尽管在个别意见中这种情况很普遍)，学者只在少数情况下被引用，而且，即使在这些情况下，也往往是为了说明或确认已经采取的立场。<sup>150</sup> 这一做法确认了学说的辅助作用；当事方经常依据学说，但国际法院的多数裁判很少实际引用学说。

<sup>146</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III (Leiden and Boston, Martinus Nijhoff, 2006), p. 1554.

<sup>147</sup> 同上。

<sup>148</sup> 见 Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pp. 56-64。

<sup>149</sup> 在这方面，见《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，咨询意见，《1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 237 页，第 18 段(“辩称本院如要答复所提问题，将须制定法律，基本上是假定目前的法典没有与此事项有关的规则。本院不能同意这一论点；它只说明现有的法律，却不制定法律。情况的确如此，纵使本院在说明和适用这种法律时，必须具体说明法律的范围，有时还指出法律的一般趋势”)。在渔业案中，法院认为“作为法院，[它]不能假借拟议立法作出判决，或在立法者制定法律之前预测法律”。见渔业管辖权案(大不列颠及北爱尔兰联合王国诉冰岛)，案情实质，判决，《1974 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 23-24 页，第 53 段。

<sup>150</sup> 见 Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021), p. 45 (证明在 1945 年至 2016 年的 155 起案件中，国际法院仅在 5 起案件中为法律问题援引著述者的著作)。另见 Tamara G. Quiroga and Leopoldo L. M. Godio, “La doctrina como fuente auxiliar y su utilización en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, in Claudia G. Gasol Varela and others, eds., *Aspectos Actuales de las Fuentes del Derecho Internacional* (Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 2022), pp. 123-153。

90. 在这方面，考虑到使用背景，国际法院显然认为司法判例和学说都发挥辅助作用，但赋予前者更多权重。虽然法院在早期实践中并不援引其他法院的论著(自然更倾向于其自己的论著)，但现在这种模式已经发生了变化，原因有很多，其中包括处理更专门的国际法问题的专门国际法庭数目增加，这种方式往往对国际法院本身有助益。法院会在其他论著有用时加以援引，而不是因为必须这样做(见下文第四章)。

91. 特别报告员现谨提供若干实例。在陆地、岛屿和海洋边界争端案中，国际法院的一个分庭提及中美洲法院 1917 年一项判决的法律地位。法院指出，“涉及两个当事方的案件是否存在既判力的问题，对涉及三个沿海国共同主权问题的案件没有帮助”。<sup>151</sup> 它接着指出：“正是在这一海湾水域的法律地位问题上，尼加拉瓜已寻求并获得了干预权，这一事实确实证实了这一点。”<sup>152</sup> 在判决书中，法院接着指出：“分庭应将 1917 年判决作为主管法院的相关先例判决加以考虑，用《法院规约》第三十八条的话说，应将其视为‘确定法律规则的辅助手段’。简而言之，分庭必须对海湾水域的地位作出自己的决定，同时考虑到分庭认为值得考虑的 1917 年判例”。<sup>153</sup> 在这样做时，法院注意到“除了中美洲法院 1917 年判例的理由和影响外，得出这一结论的理由如下……。”<sup>154</sup> 此处，依据了另一个法庭的判决来确认一种解释，分庭在其结论和推理中考虑到了该判决以形成其自身对这一事项的立场。

92. 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，法院在解决该案的适用法律问题时解释说，法院必须适用“《规约》第三十八条列出的法律渊源”，<sup>155</sup> 其中包括多边条约和习惯国际法。在大陆架案(突尼斯/利比亚)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>156</sup> 在这些案件中，优先考虑的是首先适用条约和习惯国际法形式的渊源，然后再考虑司法判例。

<sup>151</sup> 陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加)(见上文脚注 136)，第 403 段。

<sup>152</sup> 同上。

<sup>153</sup> 同上。

<sup>154</sup> 同上，第 405 段。

<sup>155</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 页起，见第 92 页，第 172 段。一般见 Carlos Iván Fuentes, “The imperfect paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice”, in Carlos Iván Fuentes, *Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules*, 1st ed., *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 57 (Springer, 2016)。

<sup>156</sup> 大陆架案(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)，判决，《1982 年国际法院案例汇编》，第 18 页起，见第 37 页，第 23 段。

93. 在緬因灣案中，<sup>157</sup> 國際法院的一個分庭裁定：

法院在就此事進行推理時，顯然必須首先參照《法院規約》第三十八條第一項。分庭現階段的推理是為了確定一般適用於海洋劃界問題的國際法原則和規則，因此將參照協約(第三十八條第一項(子)款)和國際習慣(第一項(丑)款)，而這兩者法院或仲裁庭的司法判例(第一項(卯)款)已對其定義作出重大貢獻。<sup>158</sup>

在這個例子中，國際法院先強調了法律淵源，然後承認可以根據其《規約》第三十八條第一項(卯)款使用其自身的司法判例和仲裁機構的相關裁決。這些判例的輔助性質在該意見的其餘部分中是不言而喻的。

94. 在格陵蘭與揚馬延間區域海洋劃界案中，國際法院審視了“《法院規約》第三十八條所列的淵源”，認定法院“必須參照‘適用於漁區的法律’，對這些淵源加以考慮”。<sup>159</sup> 在此應當指出，參照的是淵源，而不是輔助手段，當然這並不意味著法院後來沒有參考這些手段，特別是其自身以前關於海洋劃界的裁判。

95. 最後，在另一個例子中，即在邊界爭端案(布基納法索/尼日爾)中，法院根據當事國之間特別協定的目的解釋了第三十八條第一項，並認為該項“明確指出，《規約》該條款中提到的規則和原則必須適用於法院為裁定爭端而可能需要解決的任何問題”。<sup>160</sup>

96. 上述例子，以及法院在參照自己的判例之前例行援引國際法淵源的許多其他例子，均表明法院認為輔助手段具有輔助性質。事實上，在上文引用的幾個案件中，法院援引了第三十八條第一項規定的所有淵源，這顯然可以包括淵源本身之後的輔助手段，但優先考慮的顯然是締約國締結的條約和習慣國際法。

97. 其他國際性法院也將輔助手段視為國際法淵源的輔助。例如，前南斯拉夫問題國際法庭審判分庭在審理 *Kupreškić* 案時表示：

本法庭具有國際性質，首要適用國際法原則，因此只能依據公認的國際法淵源，並在此框架內依據司法判例。司法判例應具何種價值？審判分庭認為，司法判例只應用作“確定法律原則的輔助手段”……顯然，在國際刑事裁判中，司法先例不是確切的法律淵源。<sup>161</sup>

<sup>157</sup> 緬因灣區域海洋邊界劃界案，判決，《1984年國際法院案例匯編》，第246頁。

<sup>158</sup> 同上，第83段(原文無着重標示)。

<sup>159</sup> 格陵蘭和揚馬延之間區域海洋劃界案，判決，《1993年國際法院案例匯編》，第38頁起，見第61頁，第52段。

<sup>160</sup> 邊界爭端案(布基納法索/尼日爾)，判決，《2013年國際法院案例匯編》，第44頁起，見第73頁，第62段。

<sup>161</sup> 檢察官訴 *Zoran Kupreškić* 等人案，案件編號IT-95-16-T，判決，2000年1月14日，審判分庭，第540段(原文無着重標示)。

98. 在 *Delalić* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭指出，“可以使用《国际法院规约》第三十八条所列国际法的各种渊源，即国际条约、习惯和一般法律原则，以及司法判例和法学家著作等其他辅助渊源。反之，法庭显然无权适用任何特定法系的国内法规定”。<sup>162</sup>

99. 国际刑事法院的实践也将辅助手段视为填补空白的辅助手段，这与特设国际刑事法庭和国际法院的做法是一致的。《国际刑事法院罗马规约》<sup>163</sup> 第二十一条所载的适用法律规定在某些方面又回到了上文提到的二十世纪初法学家咨询委员会内部的争论，该条明确澄清，一般法律原则和司法判例基本上均应用作填补主要渊源空白的手段，其中规定：

1. 本法院应适用的法律依次为：

(a) 首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；

(b) 其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；

(c) 无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范和标准。

2. 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

3. 依照本条适用和解释法律，必须符合国际承认的人权，而且不得根据第七条第三款所界定的性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰、政见或其它见解、民族本源、族裔、社会出身、财富、出生或其他身份等作出任何不利区别。

100. 上述规定以及国际刑事法院解释该规定的判例表明，与《国际法院规约》第三十八条第一项一样，《罗马规约》第二十一条所载的适用法律也有等级之分。它明确规定了顺序：首先适用《罗马规约》及其《犯罪要件》等次要文件；其次适用可予适用的条约及国际法原则和规则；无法适用上述法律时，则适用从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则；只有在此之后，作为第四步，法院方可选择(即“可以”)适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。如下一章所示，最后一点符合国际法院的惯例，即法院不将其裁判作为先例加以适用，但经常适用其中所载的国际法原则和规则。

<sup>162</sup> 检察官诉 *Zejnil Delalić* 等人案，案件编号 IT-96-21-T，判决，1998年11月16日，审判分庭，第414段(原文无着重标示)。另见检察官诉 *Anto Furundžija*，案件编号 IT-95-17/1-T，判决，1998年12月10日，审判分庭，第196段。分庭指出，“英国军事法庭”关于审判战犯的声明“不那么有助于确立国际法规则”，因为适用的法律是国内法。

<sup>163</sup> 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页。

101. 国际刑事法院上诉分庭在司法上确认了上述解读，认为在其他渊源存在缺口或空白的情况下不妨参考辅助手段。例如，在肯尼亚共和国情势案中，国际刑事法院第二预审分庭解释称：“《规约》第二十一条的目的是规范”法院可以使用的“法律渊源”，并“在这些法律渊源中确立等级”。<sup>164</sup> 因此，虽然《罗马规约》是“第一法律渊源”，但“只有在上诉分庭确定，《规约》或《规则》存在空白时，才有可能诉诸《规约》第二十一条第 1 款(b)项和(c)项所述的辅助法律渊源”。<sup>165</sup>

102. 秘书处的第二份备忘录中还有其他几个这样的例子。<sup>166</sup> 在另一起案件中，国际刑事法院承认辅助手段与其渊源之间的相互作用，如在加丹加案中指出的那样：“如果创始文件没有具体解决某一问题，则分庭必须参照条约或习惯人道法及一般法律原则。为此，分庭可能需要参照特设法庭和其他法院关于这一事项的判例”。<sup>167</sup>

103. 在此，通过提及其他法庭的判例法，可以清楚地看出，司法判例的另一个功能是辅助性的，即这些判例可以在以后被其他法院使用，因为它们阐述了国际刑事法院认为对其所审理案件具有说服力的国际法规则(无论是根植于条约、习惯国际法还是一般法律原则)。归根结底，在《罗马规约》体系中，适用的条约及国际法原则和规则(后者包括习惯法)是主要的法律渊源，其次是一般法律原则，然后才是辅助手段及其阐明的原则和规则。在上段引用的引文中，分庭显然认为，对特设法庭和其他法院判例的援引次于对条约或习惯人道法和一般法律原则的援引。主要结论是，不仅国际法院(涵盖一般国际法)，而且国际刑事法院(涵盖国际刑法和武装冲突法)也将其自身和其他法院的司法判例等辅助手段视为渊源的辅助。

## F. 国内法院的实践表明辅助手段具有辅助作用

104. 除了上述国际层面的例子，国内层面的法院也将辅助手段视为辅助。可能的例子有很多。德国、南非、塞拉利昂和美国的几个例子应足以说明这一点。关于第一个例子，在德国联邦法院审理的一起案件中，上诉人(一名前阿富汗国民军军官)被慕尼黑地区法院判定犯有酷刑罪，他对此提出上诉，理由是他享有职能豁免。<sup>168</sup> 联邦法院在审查该上诉时援引了《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款，以处理习惯国际法是否禁止起诉外国下属官员的问题。法院注意到联邦宪法法院认为司法判例和国际法学说只能作为澄清习惯国际法的辅助手段，同时对国内法院和国际性法院就同一问题做出的裁判进行了广泛调查，然后指

<sup>164</sup> 肯尼亚共和国情势案，案件编号 ICC-01/09-159，关于“受害人请求复核检方停止积极调查的决定”的裁决，2015年11月5日，第17段。

<sup>165</sup> 同上(脚注省略，原文无着重标示)。

<sup>166</sup> 见 A/CN.4/765，第415-480段。

<sup>167</sup> 检察官诉 *Germain Katanga* 案，案件编号 ICC-01/04-01/07，根据《规约》第七十四条作出的判决，2014年3月7日，第二审判分庭，第47段。

<sup>168</sup> 见联邦法院，3 StR 564/19，判决，2021年1月28日(德文)。

出绝大多数学术文献都反对向下属官员实行这种职能豁免。法院最终裁定上诉人败诉。

105. 第二个例子是南非最高上诉法院审理的一起案件。<sup>169</sup> 在该案中，法院被要求确定一个狭义的问题，即习惯国际法是否允许对给予国家元首的豁免实行例外，使南非或其国内法院能够无视这种豁免、执行国际刑事法院对时任苏丹总统奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔发出的逮捕令。<sup>170</sup> 法院分析了《罗马规约》，然后转向习惯国际法，并在无法通过分析这些渊源来回答此问题的情况下解释说，司法判例可以为其提供“指导”：“在没有具有约束力的条约或其他国际文书规定这种例外或在国家事务中没有既定普遍实践的情况下，人们从国际性法院的判例中寻找关于是否存在这种例外的指导。”<sup>171</sup>

106. 南非最高上诉法院接着分析了国际法院关于豁免问题的裁决(包括逮捕令案，<sup>172</sup> 这些裁决在随后的国家管辖豁免案的附带意见中得到维持<sup>173</sup>)，得出结论认为，对于在任国家元首，豁免规则不存在这种例外。<sup>174</sup> 有趣的是，在同一意见中，法院还审视了若干学者的著述，注意到他们在豁免是否适用的问题上意见不一。最后，法院驳回了被告的意见(即至少就国内法院而言，这种例外作为现行国际法事项是存在的)。法院指出，虽然学者们相互冲突的观点可能有助于今后“为未来的辩论提供信息并促进习惯国际法的发展”，<sup>175</sup> 从而说明司法判例的另一个辅助功能(即促进习惯国际法的发展)，但法院本身的任务不是制定新的法律，而是评估“习惯国际法目前的状况并加以适用”。<sup>176</sup>

107. 在这种情况下，最高上诉法院认为，“由于评论家意见不一，翻阅有关此问题的学术文献几乎没有什么用处，尽管人们感觉到许多评论家希望通过承认国家元首豁免规则的例外情况来解决此问题”。<sup>177</sup> 最终，在考虑了基于奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔被指控犯下的国际罪行的强制性性质而提出的例外情况补充论据之后，法院得出结论认为，“无法认为，在习惯国际法发展的

<sup>169</sup> 见南非最高上诉法院，司法和宪政发展部长等人诉南部非洲诉讼中心等，2016 (3) SA 317 (SCA) (2016年3月15日)。

<sup>170</sup> 同上，第69段。

<sup>171</sup> 同上，第70段(原文无着重标示)。

<sup>172</sup> 同上，第67和76段(引自2000年4月11日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页，见第20-22段，第51和54段)。

<sup>173</sup> 同上，第70段(引自国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第99页，见第136-142页，第81-97段)。

<sup>174</sup> 同上，第84段。

<sup>175</sup> 同上，第74段(原文无着重标示)。

<sup>176</sup> 同上。

<sup>177</sup> 同上，第83段。

现阶段，国家元首在访问外国和在外国法院出庭时享有的豁免权和不可侵犯权存在国际罪行例外”。<sup>178</sup>

108. 第三个例子来自塞拉利昂国内法院的实践。该例子也表明，辅助手段在确定国际法规则方面发挥辅助作用。在这方面，在塞拉利昂最高法院审理的一起案件中，<sup>179</sup> 法院处理了有关塞拉利昂政府与联合国之间设立塞拉利昂问题特别法庭的条约的有效性的若干问题，包括豁免问题。

109. 法院在处理国家元首豁免权的合宪性问题时，依据的是国际法院和上议院的判例。法院认为，“在国家元首向国际性法院要求豁免的情况下，从国内法院和国际法庭的判例以及国际法学家的著作推断出的立场是，不存在要求豁免的先验权利，特别是不存在对涉及国际罪行的刑事诉讼要求豁免的先验权利”。<sup>180</sup>

110. 在处理塞拉利昂问题特别法庭与塞拉利昂国内法院之间据称不存在并行管辖权这一次要问题时，塞拉利昂最高法院先是参照《前南斯拉夫问题国际法庭规约》，然后援引《程序和证据规则》以及前南斯拉夫问题国际法庭对塔迪奇案和卡拉季奇案的两项判决，以维护国际法庭对其所审理问题的首要管辖权。此后，塞拉利昂最高法院依据这些权威得出结论，认为塞拉利昂问题特别法庭的首要地位并不违反《宪法》关于该国最高法院监督管辖权的第 125 条，并接着援引一位知名学者关于国际性法院和法庭相竞管辖权的著作，以提供更多支持。

111. 最后，正如塞拉利昂在其提交国际法委员会的关于本专题的资料中所总结的那样，“从《国际法院规约》第三十八条第一项的角度看，塞拉利昂国内法院对国际法问题的处理表明，所依据的往往是其他国内法院和国际性法院处理同一问题的司法判例。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>181</sup> 这一做法与上文讨论的德国联邦宪法法院和南非最高法院的做法一致。

112. 第四组也是最后一组确认辅助手段之辅助作用的例子来自美国。在美国的实践中，法院在极少数处理国际法问题的情况下，通常会依据第三十八条第一项来确定国际法渊源的权威清单。<sup>182</sup> 在这方面，根据美国就本专题提交的资料，

<sup>178</sup> 同上，第 84 段。

<sup>179</sup> 见塞拉利昂最高法院，*Issa Hassan Sesay* 等人诉特别法庭庭长、特别法庭书记官长、特别法庭检察官、总检察长和司法部长案，第 1/2003 号案件，判决，2005 年 10 月 14 日。该裁决的副本附于 2023 年 1 月 18 日塞拉利昂提交国际法委员会的关于在塞拉利昂国内法院使用辅助手段确定国际法规则的资料，可查阅 [https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm\\_sierra\\_leone.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_sierra_leone.pdf)。

<sup>180</sup> *Sesay* 等人案(见前一脚注)，第 12 页。

<sup>181</sup> 塞拉利昂提交国际法委员会的关于在塞拉利昂国内法院使用辅助手段确定国际法规则的资料，第 8 段。

<sup>182</sup> 例如，见美国诉 *Hasan* 案，747 F. Supp.2d 599, 631-637 (E.D. Va.2010) (将第三十八条第一项(卯)款的各项内容依次应用于当前问题)。

美国的一些判例法将第三十八条第一项的各项内容描述为“有等级之分”，<sup>183</sup>并在这方面指出，第三十八条第一项(卯)款提供了确定国际法规则的辅助手段。

113. 例如，在 *Flores* 诉秘鲁南方铜业公司案中，美国第二巡回上诉法院裁定：

第三十八条体现了各国对哪些渊源能够合格证明习惯国际法内容的理解。该条规定，适当的主要证据只包括那些规定“诉讼当事国明白承认之规条”的“协约”（即条约），同上，见第一项(子)款(原文无着重标示)；“作为通例之证明而经接受为法律者”的“国际习惯”，同上，见第一项(丑)款(原文无着重标示)；以及“一般法律原则为文明各国所承认者”，同上，见第一项(寅)款(原文无着重标示)。该条还规定，概括习惯国际法的可予接受的次要(或“辅助”)渊源包括“司法判例”及“权威最高之公法学家学说”，这是起草《规约》时对该术语的理解。<sup>184</sup>

114. *Flores* 案的裁定确认了主要渊源与辅助手段之间的区别，表明司法判例和学说次于主要渊源，或者说是主要渊源的辅助。在学说作为确定国际法规则辅助手段的次要性质方面，美国的法院已发展了相关实践。事实上，在可能是美国最高法院被引用最多的与国际法有关的案件 *Paquete Habana* 案中，最高法院论述了司法判例及“法学家和评论家的著作”的性质以及两者之间的关系。<sup>185</sup>最高法院在一段著名的话中解释说：

在没有条约、可用作依据的行政或立法法令或司法判例的情况下，必须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，他们通过多年的工作、研究和经验，对其所论述的主题已经非常熟悉。法庭诉诸这些著作，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>186</sup>

该判例援引亨利·惠顿和詹姆斯·肯特的国际法文本，证明赋予学说的分量是合理的，他们两人都论述了“文本撰写者的权威”。<sup>187</sup>话虽这么说，应当指出的是，*Paquete Habana* 案的裁定表明，除其他外，援引学术著作的前提是没有条约或相关的国内立法或司法判例。这表明，即使在国际法院成立之前，一些国内法院就已将学术著作视为辅助，这一点值得注意，因为这一判例比《常设国际法院规约》早了约 25 年，比《国际法院规约》早了 45 年。

115. 在美国最高法院最近审理的 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 案中，被告就其被任意逮捕提出索赔，理由是任意逮捕违反了《世界人权宣言》和《公民及政治权

<sup>183</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，可查阅 [https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm\\_us.pdf](https://legal.un.org/ilc/sessions/74/pdfs/english/sm_us.pdf)。

<sup>184</sup> *Flores* 诉秘鲁南方铜业公司案，406 F.3d 65, 83 (2d. Cir. 2003) (原文无着重标示)。

<sup>185</sup> *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), p. 700 (原文无着重标示)。

<sup>186</sup> 同上(原文无着重标示)。

<sup>187</sup> 同上，第 700 和 701 页。

利国际公约》。<sup>188</sup> 最高法院裁定,《世界人权宣言》不是他提出索赔的充分理由,因为该宣言是一项不具约束力的文书,而《公民及政治权利国际公约》虽然在美国具有约束力,但根据所做的声明,该公约并非“自动执行”(这意味着,在没有立法的情况下,它不能成为被告在联邦法院拥有可执行诉因的依据)。法院随后援引 *Paquete Habana* 案,并接着评估任意逮捕的习惯国际法地位,认为索赔并没有获得这种地位,因此应予以驳回。

116. 在美国诉 *Yousef* 案中,<sup>189</sup> 美国第二巡回上诉法院认为,虽然关于国际法渊源的学术研究不断发展,但公法学家的论著并不是国际法的真正渊源。<sup>190</sup> 法院认为,论著可能“有助于阐明或澄清既定的法律原则或法律体系”,<sup>191</sup> 且“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”,论著才可能成为“阐明特定国际法问题的可接受的补充渊源,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>192</sup> 在这方面,“法院认为,国际法教授凭借其学术经验就能确定习惯国际法规则的论点‘肯定没有道理’。”<sup>193</sup> “简而言之,尽管一些学者(或‘公法学家’或‘法学家’)提出了相反的抗议,但最有资格的学者关于国际法是什么的说法并不能碾压关于各国条约实践或习惯做法并非如此的证据。”<sup>194</sup>

117. 第二巡回上诉法院在越南橙剂受害者协会诉陶氏化学公司案中重新审视了第三十八条第一项(卯)款所列次要权威的价值。<sup>195</sup> 法院表示,各法院确实在传统上依据“法学家公开论述公法的著作……或承认和执行该法的司法判例”,<sup>196</sup> 但法院也引用了其在 *Yousef* 案中的意见,即“学术著作不属于习惯国际法的权威来源”。<sup>197</sup> 在 *Doe* 诉雀巢公司等其他案件中,美国加利福尼亚中区地区法院引用了《对外关系法重述(第三版)》第 103 条注 1,法院写道,该条“有助于解释学术渊源作为习惯国际法证据的作用”。<sup>198</sup>

<sup>188</sup> 见 *Sosa* 诉 *Alvarez-Machain* 案, 542 U.S. 692 (2004)。

<sup>189</sup> 美国诉 *Yousef* 案, 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003)。

<sup>190</sup> 同上, 第 101 段。

<sup>191</sup> 同上。

<sup>192</sup> 同上(参考 Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester, Manchester University Press, 1965))。

<sup>193</sup> 美国提交国际法委员会的关于使用辅助手段的资料, 第 2 页。

<sup>194</sup> *Yousef* 案(见上文脚注 189), 第 102 段。另见 *Flores* 案(上文脚注 184)(引述 *Yousef* 案(第 103 段)的论点,即“我们首先考虑各国的正式立法和官方行动,其次才考虑学者的著作,将其作为国家实践的证据”)。

<sup>195</sup> 越南橙剂受害者协会诉陶氏化学公司案, 517 F.3d 104 (2d Cir. 2008)。

<sup>196</sup> 同上, 第 116 段。

<sup>197</sup> 同上。

<sup>198</sup> *Doe* 诉雀巢公司案, 748 F. Supp. 2d 1057, 1069, n. 11 (C.D. Cal. 2010), 脚注 11。

118. 上述案件说明了不同国内法院的实践，确认了一种既定做法，即，在解释、澄清和适用国际法渊源时，司法判例和学说应作为辅助手段使用。在这些案件中，法院均认为司法判例比学说更为重要。这些法院的实践与国际法院和其他国际法庭的做法一致并为之作了补充。

#### G. 学者也确认辅助手段的辅助性质

119. 关于国际法的渊源以及作为其一部分的辅助手段，已经花费了大量笔墨。无需对文献进行广泛研究就可以认为大多数著述者都支持上述做法，即辅助手段具有辅助或次要性质，这一点或许不会引起争议。但作一些说明可能是有益的。

120. 比如，詹姆斯·克劳福德解释称，“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”。<sup>199</sup>这并不是说司法判例或学术著作在帮助澄清乃至为法律的后续发展提供依据方面没有影响力，我们看到南非最高法院所承认的大体也是这样。拉萨·奥本海默在一个多世纪前撰文指出，司法判例和学说可“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>200</sup>正如詹姆斯·布赖尔利所述，学说也可“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”。<sup>201</sup>

121. 其他学术界人士最近撰文追溯了司法判例在国际法各个领域的重大影响。例如，沙恩·达西在一项以国际人道法为重点的详细研究中指出：“司法判例填补法律空白(条约谈判者可以而且确实接受法律空白，但法官不能)，充实条约规定的基本内容或诸如军事必要性或相称性等基本法律概念，确定新出现的习惯等新的法律发展并赋予其合法性，从而影响武装冲突法的发展。”<sup>202</sup>

122. 安西娅·罗伯茨则指出，国内法院的司法判例具有双重作用，既是国家实践的证据，也是辅助手段的渊源。她认为，“司法判例在国际法的识别和形成方面发挥着极其重要的作用”，而且，作为这一作用的一部分，司法判例在“识别习惯和解释条约”时经常审视其自身管辖范围以外的判例。<sup>203</sup>她接着提及两种辅助手段之间的联系，指出：“学术界、从业人员以及国际性法院和国

<sup>199</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 37 (原文无着重标示)。

<sup>200</sup> Lassa Oppenheim, *International Law* (London, Longmans, Green and Co., 1905), p. 24 (原文无着重标示)。

<sup>201</sup> James L. Brierley, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 5th ed. (Oxford, Oxford University Press, 1955) p. 66.

<sup>202</sup> Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2014), p. 65.

<sup>203</sup> Anthea Roberts, “Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60 (2011), pp. 63 and 58.

内法院经常通过对国内法院如何处理这一问题进行比较分析来识别和解释国际法。”<sup>204</sup>

## H. 特别报告员关于辅助手段之辅助性质的意见

123. 在本章的最后，关于辅助手段的辅助功能，似乎完全可以得出三点最后意见。首先，根据案文、起草历史，更重要的是根据国际性法院和国内法院的实践，可以断定第三十八条第一项(卯)款规定的辅助手段不是国际法的渊源。而是次要的手段或材料，主要或通常在识别、确定或适用国际法规则以解决法律问题的过程中使用。这一立场加强了国际法委员会就当前和以往关于辅助手段相对于国际法渊源的性质的各专题所得出的先前结论。如上文所述，这些结论包括关于习惯国际法的识别、<sup>205</sup> 一般法律原则<sup>206</sup> 和一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论。<sup>207</sup>

124. 其次，虽然辅助功能是辅助手段的主要作用，但实际上辅助手段可能还有其他更具体的功能。与一般法律原则的情况一样，这些具体功能包括作为解释或补充国际法规则的手段，其中包括弥补法律空白或促进国际法作为一个法律体系的一致性 or 系统性。<sup>208</sup> 正如各类辅助手段之间可能会发生重叠一样，辅助手段的各项具体功能可能会重叠，但也可能是独特的功能，具体则取决于所涉及的辅助手段。因此，应采用辅助手段的一般功能主要是辅助的概念，以确保国际法委员会在本专题工作的进展过程中保持一定程度的灵活性，认识到在今后就本专题开展的工作中可能会为辅助手段发展出其他更具体的功能。这与一般法律原则的办法是一致的，正如特别报告员的两份报告所示，其发挥着起草者所预期的类似填补空白作用。

125. 最后，辅助手段，特别是司法判例，但也包括专家机构的决定或国际组织的某些决议等其他手段，可以作为国际法主体(主要是国家，但也包括国际组织)权利和义务的独立依据。这个问题将在今后的报告中讨论。

## I. 拟议结论草案

126. 根据上述分析，特别报告员谨提出一项关于辅助手段之性质和功能的结论草案，内容如下：

<sup>204</sup> 同上，第 58 页。

<sup>205</sup> 见关于习惯国际法的识别的结论 13 和 14，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 65 段。

<sup>206</sup> 见关于一般法律原则的结论草案 8 和 9，《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第 40 段。

<sup>207</sup> 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，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 43 段。

<sup>208</sup> 见一般法律原则问题特别报告员马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯的第三次报告(A/CN.4/753，第 39-50 页)。

## 结论草案 6

### 辅助手段的性质和作用

(a) 相对于条约、习惯国际法和一般法律原则中的国际法渊源而言，辅助手段是辅助性的。

(b) 辅助手段主要是在识别、解释和适用源自国际法渊源的国际法规则时使用。

## 四. 国内和国际裁定中先例的一般性质

127. 正如本专题的提纲<sup>209</sup>和特别报告员的第一次报告所指出的那样，<sup>210</sup>要对确定国际法规则的辅助手段进行有意义的讨论，就必须处理《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款开头所载的与第五十九条有关的告诫。这是因为第三十八条第一项(卯)款明确援引了《规约》的另一项规定，因为其显然与辅助手段范围的界定有关。作为《联合国宪章》组成部分的《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款要求法院在依照国际法和(子)至(寅)款所列渊源解决国家间争端时，“在第五十九条规定之下”，适用“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）。

128. 在本章中，特别报告员将审视本专题的这一方面，重点是《国际法院规约》这两项重要规定之间的关系。由于人们常说《规约》第五十九条牵涉国际法中的先例问题，特别报告员将首先简要比较普通法系和大陆法系在国内层面的先例。然后，他将审视国际性法院和法庭的先例问题，重点是国际法院和国际海洋法法庭；接着提出结论意见和结论草案。

### A. 普通法系和大陆法系中先例的含义及其处理方法

129. 关于“先例”在司法裁定中的性质和地位，有一场古老的辩论；令人惊讶的是，这场辩论至今仍十分激烈。<sup>211</sup>为了给力求以各种形式解释这一概念的法官、学者和国际法从业人员提供纸张，已经砍伐了成百上千棵树木。与通常具有挑战性的法律概念一样，“先例”没有一个普遍认可的定义。“先例”这一术语的定义可以是狭义的，也可以是广义的。《布莱克法律词典》对先例作了狭义或技术性的理解。该词典无疑是受国内法的启发，将先例定义为“法院的已判案件或判例，被视为为以后出现的相同或类似案件或类似法律问题提供了范例或权威”。<sup>212</sup>《牛津词典》同样将“先例”定义为“被作为范例加以遵循

<sup>209</sup> 见《大会正式记录，第七十六届会议，补编第10号》(A/76/10)，第302段和附件。

<sup>210</sup> A/CN.4/760，第275段。

<sup>211</sup> 特别报告员不建议全面参与这场理论性的学术辩论。相反，考虑到这一专题工作的实际关注点较窄，他主要从《国际法院规约》的角度来探讨这一问题。

<sup>212</sup> Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 2nd ed. (St. Paul, West Publishing, 1910).

的先前案件”；<sup>213</sup> “构成以后类似案件权威范例或规则的司法判例”；<sup>214</sup> 或“在类似案件或情况下作为指导范例或规则的先前案件；可证明以后类似行为合理性的范例”。<sup>215</sup>

130. 国际层面的先例概念与上述术语的定义一样，保留了相同的基本特征。国际法学会提供的定义很好地体现了这一点，该定义规定：“先例是国际性法院或法庭作出的判决，可在作出判决的案件以外的其他案件中作为参考。”<sup>216</sup> 正如国际法学会所解释的那样，先例产生的方式多种多样，要求满足某些条件，如相似或实质相似，然后才能在另一案件中加以援引。<sup>217</sup>

131. “先例”这一术语的广义非技术性定义将其描述为“早先发生的类似行动或事件”。<sup>218</sup> 这一更广义的术语本质上是指之前发生的事情。这是该术语的一般含义。狭义或技术性含义与广义或非技术性含义之间的这种拟议区分给律师带来了实际影响。采用适用于法律背景的前一种狭义理解，可以得出的一般观点是，在某些国内法律体系中，存在着一种先例(更确切地说是具有约束力的先例)制度。根据这一理论(有时被称为“遵循先例推理”或简称为“遵循先例”)，“法院应遵循同一法院以及其他同级或上级法院在以前裁定的案件中就已诉讼和必须裁决的问题所确定的公认和既定的法律原则”。<sup>219</sup>

132. 遵循先例起源于以盎格鲁-撒克逊为基础的普通法系，因此与之相关。这种裁定方法赋予法官及其判决核心作用，而且，相当重要的是，它要求法官以先前案件为依据，使同类案件得到大致相同的处理。通过对同类案件一视同仁地加以处理，下级法院遵循最高法院案件中规定的规则，在一定程度上确保了法律的确性和可预见性。

133. 在地方体系中，法律先例可以多种复杂方式运作。首先，“这种制度可能授权法官将以前的判决视为可据以确定法律的一般法律材料的一部分”；其次，“它可能迫使法官以与以前案件相同的方式判决案件，除非他能提出不这

<sup>213</sup> *Oxford Paperback Dictionary*, 4th ed. (Oxford, Oxford University Press, 1994), p. 627.

<sup>214</sup> *Oxford English Dictionary* (Oxford, Oxford University Press, 2023), 可查阅 <https://doi.org/10.1093/OED/2995362323>。

<sup>215</sup> 同上。

<sup>216</sup> 关于国家间诉讼和咨询程序中的先例和判例法(判例)的决议(2 RES EN), 2023年9月1日, 第1段, 特别报告员: 穆罕默德·本努纳和阿兰·佩莱。强烈建议任何有兴趣进一步探讨先例专题的人阅读穆罕默德·本努纳和阿兰·佩莱关于国际法判例和先例的详细研究报告, 因为鉴于本报告的特殊目的, 该问题的某些方面在此不做阐述。法国国际法学会组织的国际法先例专题讨论会也会对读者有所帮助。见 *Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg: Le précédent en droit international* (Paris, Pedone, 2016)。

<sup>217</sup> 见关于国家间诉讼和咨询程序中的先例和判例法(判例)的决议(上文脚注 216), 第 2-3 段。

<sup>218</sup> *Oxford Learner's Dictionary*, 可查阅 [www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/precedent?q=precedent](http://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/precedent?q=precedent)。

<sup>219</sup> Guido Acquaviva and Fausto Pocar, “*Stare decisis*”, in Anne Peters, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2023), para. 1.

样做的充分理由”；第三，“它可能迫使法官以与以前案件相同的方式判决案件，即使他能提出不这样做的充分理由”。<sup>220</sup>从广义上讲，这些关于先例一般处理方法的三分法有助于说明大陆法或大陆法系管辖区域的一般特征，据说它们反映了上述第一种先例处理方法，偶尔也反映了第二种先例处理方法，而普通法系管辖区域则反映了最后一种先例处理方法。

134. 然而，不应过分强调普通法和大陆法在各种先例处理方法上的差异。这是因为某些大陆法系也倾向于采用第二种方法，而相对更为严格的普通法系也反映出一些细微差别。例如，即使是普通法系本身也存在差异(如英国、印度、塞拉利昂和美国采用的办法就存在差异)，尽管如此，它们一般都将上级法院先前有效判决所述规则和规则的例外情况视为具有约束力，上级法院原则上遵循自己的判决，但也倾向于保留在有充分理由时偏离这些判决的选择权，无论是为了司法利益还是其他原因。

135. 此外，普通法系法官在应用先例时必须区分判决的必要理由(即所谓的“判决理由”，具有约束力)和附带意见(不是必要理由，但可能具有一定的说服力或产生解释影响力)。在采用“判决理由”的情况下，遵循先例“有效地将过去将法律适用于特定情况的司法意见转化为法律渊源，今后涉及类似事实的案件应据此进行裁定”。<sup>221</sup>这就解释了由此产生的判例法为何如此重要的原因。

136. 明确而言，在普通法系中，“判例法”这一术语经常被用作技术术语“先例”(还有其他术语，如“司法判例”和至少在英语中不太明确的术语“判例”)的同义词。正如贾兵兵所解释的那样：

广义的术语“判例法”可与“司法判例”、“先例”和“判例”等术语……交替使用。但从狭义上讲……“判例法”……是范围最窄的术语，指的是(1)在同一司法系统内对下级法院具有明确约束力的先例，与其作为具有说服力的先例的一般作用无关；(2)完全由司法判例确立的法律规则，包括程序和证据规则的例外情况。“判例”这一术语的范围比严格意义上的“判例法”更广，但比“先例”和“司法判例”的范围更窄。<sup>222</sup>

137. 在法官可受托填补立法空白的国内普通法体系中，司法判例可作为法律规则的有效渊源，这一观点在一定程度上解释了将这一概念引入国际法会遇到相当大阻力的原因，即，这么做可能等同于赋予法官造法权力。1920年代中期，法学家咨询委员会起草者对后来成为第三十八条第一项(卯)款内容的讨论就彰显了这种阻力。

138. 相反，大陆法系遵循自己的模式。其对先例也有使用，但使用的方式不同，并不一定正式要求遵循先前单起案件中确立的法律原则。在确立一种“趋

<sup>220</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 9.

<sup>221</sup> Acquaviva and Pocar, “*Stare decisis*”, para. 6.

<sup>222</sup> Bing Bing Jia, “International case law in the development of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 382 (2015), p. 203.

势”<sup>223</sup> 或相互一致的一系列司法判例的意义上，先例是得到遵循的。但所遵循的不是普通法中单起案件就能起决定性作用的先例概念，而是一贯判例(或既定判例)这一概念。在这种体系中，法官一般不依据单个判例而是依据形成某种模式的各个判例的累积来制定法律规则。

139. 从根本上说，大陆法的做法是让法官从审视以往案件所体现的成熟路线中受益。因此，如果按照上述广义定义来理解先例这一术语，那么大陆法系法官在研究了以前审理相同或类似问题的案件后，也会适用先例。然而，即使是这种说法也需要加以限定，因为，据说在法国这个大陆法系管辖区域可以遵循具有说服力的单一判例(这与普通法法院的情况很相似)，但前提条件是该单一判例涉及的是由国家最高行政法院或最高上诉法院全体会议处理的原则问题。<sup>224</sup> 尽管如此，却不能将法院的判例“归类为正式的法律渊源”。<sup>225</sup>

140. 与国内层面不同，在国际层面，法学家们普遍同意不存在先例理论或学说。换句话说，不存在与以普通法为基础的法律体系中的遵循先例理论相对应的理论或学说。除了有特定内部等级之分的特定法庭外，没有正式规则规定法官必须遵循先前的判例。尽管如此，应当强调指出，无论怎样正式描述其处理先例的办法，国际法院等国际司法机构确实遵循自己的裁定。当法院认为其他法院和法庭的裁定具有说服力时，它也会日益从这些裁定中汲取灵感，但并不一定认同正式的先例制度。

#### B. 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款及其与第五十九条的关系

141. 特别报告员在上述背景下比较了普通法系和大陆法系如何在国家层面对待先例，现在将讨论国际性法院和法庭如何对待先例的问题，主要关注国际法院。我们分析时须以《维也纳条约法公约》第三十一条第一款中的解释通则为起点，其中规定，“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。”

142. 《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款规定，国际法院在根据国际法和(子)至(寅)款所列渊源解决国家间争端时应适用“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”。

《国际法院规约》第五十九条规定：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘

<sup>223</sup> 见黎巴嫩问题特别法庭，在诉 *Akbar Beirut S.A.L. 和 Ibrahim Mohamed Ali Al Amin* 案中，案件编号 STL-14-06/PT/AP/AR126.1，关于藐视法庭诉讼中属人管辖权中间上诉的裁决，2015年1月23日，上诉法院合议庭，诺斯沃西法官的单独和部分反对意见，第21-39段(他在其中认为，虽然黎巴嫩的一贯判例制度可能适用于设有常设法院的国内法律体系和国际法院，但黎巴嫩问题特别法庭不应适用这一制度，认为应按照其他国际刑事法庭的做法将遵循先例适用于特别法庭的下级分庭)。

<sup>224</sup> 见 René David and Henry P. de Vries, *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems* (New York, Oceana Publications, 1958), part 3, chap. IV。

<sup>225</sup> 同上，第115页。

束力。”<sup>226</sup> 该条所载的法律命题可以说确立了一项一般规则(“法院的裁判无拘束力”),但也规定了两个例外情况(第一,“当事国”)和(第二,“本案”)。更积极的说法是,虽然作为一般规则,国际法院的裁判对其他国家没有约束力,但对特定案件的争端当事国确实具有约束力。这本质上意味着,作为技术问题,国际法院的裁判将正式针对争端当事国,其效力仅限于确立当事国之间与其提交并同意司法解决的争端有关的法律关系。

143. 第三十八条第一项(卯)款开头的限定语并不是要确立适用辅助手段所必须满足的先决条件,而是界定了可能已用的辅助手段的范围,使其受第五十九条所载规定的约束。有意思的是,第三十八条第一项(卯)款在提及司法判例和学说作为确定法律规则的辅助手段时,并没有区分这两类辅助手段,而是将其置于“第五十九条规定”之下。

144. 然而,从字面解读以及实践和起草历史可以推断,所指的是司法判例,而不是学说。如果这种解读是正确的,这意味着国际法院可以参考其认为相关的任何司法判例——这种判例首先包括国际法院及其前身的判例,任何国家、区域性或国际性法院的判例,以及其他机构的工作,包括可能更具准司法性质的机构的工作——但须遵守第五十九条。第五十九条有时被认为是述及先例问题,而第三十八条第一项(卯)款是述及辅助手段,特别报告员现在要讨论的正是两条之间这一重要关系。

145. 先例问题出现在关于国际性法院和法庭在司法解决国家间争端方面的作用的辩论中,并往往会引起一系列重要问题。国际法院是联合国的主要司法机关,作为国家间有争议争端的主要解决机构和通过咨询意见提供法律意见的机构,作用至关重要。对国际法院来说,司法判例和学说作为确定《法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述法律规则的辅助手段的实际地位是一个重要问题。

146. 如特别报告员第一次报告所解释的,所遇明显困难部分源于法律渊源条文的措辞,其中显示法官适用辅助手段。包括著名学者在内的一些人认为,第三十八条第一项(卯)款的这一措辞显示,辅助手段是国际法的渊源,尽管是次要渊源,而非主要或正式渊源。对这个问题的争议往往伴随着对法官在权力分散的国际法体系中作用的某种敏感性,在这一体系中,对国际性法庭管辖权的同意是选择性而非强制性的。解决相关争端的法官必须适用各国在条约中商定的法律或习惯国际法和一般法律原则中体现的法律。人们担心,法官如果不这样做,而是更进一步,进行“司法造法”,从而发布并非植根于国家同意的公认法律渊源的司法判例,那么法官可能会超越其合法角色,也可能会失去国家的支持,并可能失去国家通过司法方式和平解决争端的兴趣。

147. 第三十八条第一项(卯)款的措辞显然不够明确,这也易于引起第二类问题。这些问题的核心是提及《规约》第五十九条这一限制条件的实际影响。这

<sup>226</sup> 该条款或承前启后,之前或之后有类似条款。在这方面,见《和平解决国际争端公约》(1899年)第五十四条和第五十六条;《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第四十六条;《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第五十三条。

项规定实质上确认，国际法院的裁判除对当事国外，无约束力，即使在当事国之间，也只对当事国之间的特定案件具有约束力。起草历史和文献都表明，第三十八条第一项(卯)款开头增加限制语，主要是为了缓解有主权意识的国家对终局判决影响的担忧，考虑到如果不这样做，这些国家会不愿意将其国家利益交给它们无法直接控制的司法程序。<sup>227</sup>实际上，一些作者认为，国际联盟大会在《规约》中将第五十九条与第三十八条第一项(卯)款相联系主要是出于极为谨慎的考虑，但第五十九条与第三十八条第一项(卯)款确定法律规则的辅助手段毫无关系。<sup>228</sup>

148. 鉴于我们的重点是《国际法院规约》的辅助手段，出于显而易见的原因，有必要讨论第三十八条第一项(卯)款与第五十九条之间的关系。<sup>229</sup>现在有必要讨论国际法院对前一项规定的处理办法，然后特别报告员还将简要探讨另一个常设国际法庭国际海洋法法庭处理国家间争端先例的办法。

### C. 《国际法院规约》第五十九条、先例和与第三国权利的联系

149. 考虑到上述情况，可以说，第五十九条的法律效力只是表明，在国际法中不存在具有约束力先例的普通法原则，至少按照上文对“先例”一词的狭义法律定义而言是如此。但是，对国际性法院和法庭在司法解决国家间争端方面作用进行辩论时，先例问题仍然会出现。这显然会引发一系列问题。

150. 国际法学者仍然对第五十九条的目的有较多争论。一种似乎得到一些支持的观点认为，其目的是排除适用遵循先例原则，即排除司法判例作为造法先例的约束力。<sup>230</sup>另一种观点，也是特别报告员认为比较可信的观点是，第五十九条旨在实现其他目的，特别是确保相关裁判只对特定案件的当事国具有约束力。该条还关系到第三国的参加权以及确保既判力<sup>231</sup>原则所述的判决终局性的必要性。

<sup>227</sup> “插入该段大概是出于极为谨慎的考虑”（见 Robert Yewdall Jennings, “General course on principles of international law”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 121 (1967), p. 341)。另见 Sir Arnold D. McNair, *The Development of International Justice* (New York University Press, 1954), pp. 13 and 14; and James-Leslie Brierly, “Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 58 (1936), pp. 78 and 79 (讨论对法官的不信任)。

<sup>228</sup> 见 Jennings, “General course on principles of international law”, pp. 340 and 341。

<sup>229</sup> 一般而言，见 Amos O. Enabulele, “Judicial lawmaking: understanding Articles 38(1)(d) and 59 of the Statute of the International Court of Justice,” *Australian Yearbook of International Law*, vol. 33 (2015)。

<sup>230</sup> 一些国际法学者(包括国际法院一位著名前法官)认为：“第五十九条与先例问题无关。该条旨在强调，判决的司法效力仅限于确定当事国之间的法律关系。”见 Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63。

<sup>231</sup> 关于讨论情况，见 Jean-Marc Thouvenin, “On different *res*: *res judicata*, *res interpretata*, *res praescripta* (or *indicata*), *res deliberata*”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65 (2022) pp. 270–300; 和 Benjamin Salas Kantor and María Elisa Zavala Achurra, “The principle of *res judicata* before the International Court of Justice: in the midst of comradeship and divorce between international tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019)。

151. 后一种观点得到了有力的支持，因为《规约》若干条款涉及到第五十九条的内容，并与之相互作用，从而使之能够实现其目的。例如，《国际法院规约》第六十条规定，判决系属确定，不得上诉(尽管法院可应任何当事国的请求，解释其含义或范围)。第六十二条规定，某一国家如认为“某案件之判决可影响属于该国具有法律性质之利益时”(原文无着重标示)，得向法院声请参加。第六十三条规定，“凡协约发生解释问题，而诉讼当事国以外尚有其他国家为该协约之签字国者”(原文无着重标示)，应通知所有这些国家它们有权参加诉讼。如果相关国家决定参加诉讼，判决中对条约的解释方式对参加国具有同样约束力。<sup>232</sup>第六十三条的规定是第五十九条的自然延伸，承认国际法院关于条约义务解释的司法判例确实具有更广泛的法律效力。因此，规定各国不仅有权得到这方面的通知，而且有权参加以影响解释，并随后受相关解释的约束。

152. 《联合国宪章》第九十四条与第五十九条和第六十条所载的核心思想虽然联系不是这么密切，但仍然普遍相关，该条确认联合国每一会员国“为任何案件之当事国者，承诺遵行国际法院之判决”(原文无着重标示)。《国际法院规则》进一步阐述其中一些程序事项，包括判决的宣布和终局性问题——修订和重新解释请求除外。为本报告的限定目的，特别报告员无需深入讨论相关其他条款或《国际法院规则》。提及这些条款足以清楚表明，《国际法院规则》中还有其他条款补充和完善第五十九条的观点。

153. 罗伯特·尤多尔·詹宁斯、阿诺德·麦克奈尔爵士和穆罕默德·沙哈布丁等几位作者也得出结论，认为第五十九条与先例问题无关。恰如穆罕默德·沙哈布丁指出：“第五十九条并非针对一项裁判可能具有的先例价值；更不存在该条款旨在排除具有约束力的先例原则的问题”。<sup>233</sup>作为国际法院的一名前法官，他解释说，“这项规定根本不涉及该原则是否适用的问题。该原则确实不适用，但这项规定不是理由。该原则系特定国内法律体系所特有；不属于国际法院设立时所依据的思想”。<sup>234</sup>

154. 关键在于，第五十九条的正式规则旨在保护国家，特别是作为案件第三方的国家，使其免受特定裁判的约束。这是有道理的，因为对双边性质争端的裁判严格来说只针对有关双方。因此，除了确定陆地或海洋边界等少数例外情况外，此类争端的解决自然只涉及有关双方。国际法院等法庭作出裁判，以特定方式解释法律规则或就特定法律问题作出裁定时，是否需要甚至可能在新争端出现时避免考虑先前类似情况下的法律立场，则是一个完全不同的问题。

155. 国际法院及其前身并没有将第五十九条解释为意味着每次都要重新开始，因为这样做会破坏法律安定性。各国在根据国际法寻求司法解决争端的实践中也没有这样解释。在下文详述的多项判决中，国际法院实际援引了本身的“既

<sup>232</sup> 《国际法院规则》详细规定了这些规则的某些方面，例如，其中第 94 条第 2 款规定：“判决自宣读之日起对当事方具有约束力”。

<sup>233</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105.

<sup>234</sup> 同上。

定判例”，<sup>235</sup> 即其“既定”<sup>236</sup> 或“一贯判例”。<sup>237</sup> 确如国际法院几位法官所承认，无论对第五十九条的狭义法律效力采取何种正式立场，现实情况都是，司法判例的全部效力远远超出第五十九条所暗示的范围。这是因为某项裁判中确定存在的原则必然适用于涉及类似事项的其他案件。《罗马规约》第二十一条也体现了上述同样做法，使国际刑事法院能够适用其在以往裁判中阐明的原则。

156. 例如，古根海姆专案法官解释说，“司法判例的范围超出《国际法院规约》第五十九条规定的效力”。<sup>238</sup> 杰瑟普法官则认为，“国际法院裁判的影响力大于其约束力”，<sup>239</sup> 而辛格法官在提到第五十九条的效力时告诫说，司法适当性意味着法院不应就案件中无需在完成争端裁决任务时作出裁判的那些方面发表意见，强调“这尤其适用于实施国家间法律，在这种情况下，尽管有《国际法院规约》第五十九条的规定，但国际法院的意见很容易对国家间关系产生影响，甚至对非案件当事国的国家间关系产生影响”。<sup>240</sup>

157. 学术意见，包括后来也在国际法院任职的著名法学家的意见，证实了同样的观点。事实上，在杰拉德·菲茨莫里斯和阿诺德·麦克奈尔爵士等学者的著作中，关于国际法院不存在具有约束力的先例的命题没有争议。有争议的是，排除的依据是第五十九条还是其他理由。阿诺德·麦克奈尔爵士在分析同一规定时得出结论认为，不管表象如何，第五十九条“与第六十三条(给予参加权)密切相关”。<sup>241</sup> 他认为，考虑到起草的历史，该条款是出于另一个更广泛的原因：“即防止未参加诉讼的国家受诉讼裁判‘以及该裁判可能产生的任何后续结论’的约束”。<sup>242</sup> 穆罕默德·沙哈布丁表示同意。<sup>243</sup>

158. 鉴于上述正式立场和国际法院的实际做法以及对司法创制的怀疑(有人拥护，有人讥讽)，第五十九条早在常设国际法院时代就引起理论和实践争议，

<sup>235</sup> 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(冈比亚诉缅甸)，初步反对意见，判决，《2022年国际法院案例汇编》，第477页起，见第502页，第63段；《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》的适用(加拿大和荷兰诉阿拉伯叙利亚共和国)案，2023年11月16日的命令，第7页，第24段。

<sup>236</sup> 见美国驻德黑兰外交和领事人员案，判决，《1980年国际法院案例汇编》，第3页起，见第18页，第33段。

<sup>237</sup> 见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页起，见第113页，第65段。

<sup>238</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，古根海姆专案法官的反对意见，第61页，第12段。

<sup>239</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970年国际法院案例汇编》，第3页，杰瑟普法官的个人意见，第163页，第9段。

<sup>240</sup> 爱琴海大陆架案，判决，《1978年国际法院案例汇编》，第3页，副院长纳根德拉·辛格的个人意见，第47页(原文无着重标示)。

<sup>241</sup> McNair, *The Development of International Justice*, p. 13.

<sup>242</sup> 同上。

<sup>243</sup> 见 Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105.

也就不足为奇了。在这种背景下，常设国际法院盟国间委员会在 1945 年《联合国宪章》和《国际法院规约》拟订时曾有机会建议重新起草第五十九条，该委员会在一份声明中很好地把握了正确情势，该声明至今仍然适用：

我们认为，该条款的效力有时被误解。它的意思不是说，国际法院的裁判没有作为国际法院或一般国际法先例的效力，而是说，在《国际法院规约》缔约国之间的关系中，这些裁判不具有特定裁判的约束力。该条款绝不是阻止国际法院将本院的裁判视为先例，事实上，根据第三十八条(上文第 62 段引述)，国际法院的裁判本身是“确定法律规则的辅助手段”。重要的是要坚持以下原则，即各国不受其不是当事国的案件裁判的上述意义上的“约束”，因此我们认为应保留该条款，不作任何改动。<sup>244</sup>

159. 按照专家的建议，该条款保留了原有表述。特别报告员感兴趣的是，专家们明确将第三十八条所述辅助手段作为国际法院使用本院判决作为非技术意义上宽泛理解先例的理由的一部分。<sup>245</sup> 尽管对第五十九条有种种关注和明显的误解，但如阿诺德·麦克奈尔爵士所说，这并没有“妨碍在解决类似问题时借鉴以往裁判的自然过程。这种做法不可避免，无需司法先例原则来解释。”<sup>246</sup>

160. 常设国际法院和国际法院以及一些仲裁法庭在实践中对第五十九条的解释有助于确认该条的目的。为简洁起见，不可能逐一研究这两个法院涉及第五十九条的每项裁判，但以下例子具有广泛代表性，充分体现了对该条款的适当解释。如下文所示，第五十九条的目的在本质上要窄得多，实践证明，该条并没有排除国际法院和其他类似的国际性法庭出于法律安定性和稳定性的原因遵循其以往判例。如第二份秘书处备忘录所述，在仲裁和其他国际性法院的裁判中也可以发现相同的模式。

#### D. 国际法院的裁判除对案件当事国外不具有约束力

161. 在讨论常设国际法院和国际法院关于第五十九条的做法之前，首先有必要对“裁判”一词作出一点澄清。特别报告员在第一次报告中，在第三十八条第一项(卯)款提及可援以确定适用的国际法规则的第一类手段的背景下，分析了“司法判例”一词。关于第一个要素，他主张，国际法院的裁判主要涉及对案情实质的终局判决。

162. 沙卜泰·罗森这样说：“执行条款是裁判，裁判本身与理由相关联，系基于理由，但与理由有所区别。”<sup>247</sup> 执行部分的案文对当事国的实质性义务具有重

<sup>244</sup> “联合国：常设国际法院未来问题非正式盟国间委员会的报告”，《美国国际法学报》，第 39 卷，(1945 年)第 1 期，第 63 段(原文无着重标示)。

<sup>245</sup> 尽管如此，该委员会的意见虽然重要，但也应结合实际情况。这些专家无疑包括当时一些主要的国际法学者，包括担任秘书的杰拉德·菲茨莫里斯，但他们的意见不一定反映各国的意见，因为他们是个人身份而不是以本国政府的名义在委员会任职，而本国政府实际上并不同意受他们意见的约束。关于更多详情，见 Thouvenin, “On different res”。

<sup>246</sup> McNair, *The Development of International Justice*, pp. 13 and 14.

<sup>247</sup> Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, pp. 1531 and 1532.

要意义，并根据第五十九条产生法律效力。在国际法院的实践中，裁判还不仅包括终局判决，而且包括初步阶段的其他各种裁断，如对初步反对意见的司法答复，或根据第四十一条发出的临时措施，<sup>248</sup> 只要其发布方式明确表明其对当事国具有约束力。换句话说，裁判属于法院产出，而根据《联合国宪章》第九十四条第一项，每个联合国会员国为任何案件之当事国者，承诺遵行该裁判。<sup>249</sup> 如某国不遵守，其他国家可诉诸安全理事会，安全理事会可提出建议或决定采取何种措施使之生效。

163. 因此，在国际法院的实践中，提及一项裁判是指对案件当事国具有约束力的判决执行部分(即主文)。它不是指佐证理由，即所谓的推理。常设国际法院和国际法院的判例都强调了判决执行部分与其理由之间的区别。就前者而言，国际法院在但泽波兰邮政局案中解释说：

可以肯定的是，一项裁判所载的理由，至少在超出执行部分范围的情况下，对有关缔约国没有约束力。

完全正确的是，判决中涉及争议问题的所有部分都相互解释、相互补充，在确定执行部分的确切含义和范围时应予考虑。常设仲裁法院 1902 年 10 月 14 日关于加利福尼亚虔诚基金的裁决明确说明这一点，但泽多次援引该裁决。国际法院同意这一说法。<sup>250</sup>

164. 判例中强调的广泛观点确认了第五十九条的狭义效力。例如，德国在波兰上西里西亚的某些权益案(案情)涉及常设国际法院是否可以作出宣告性判决的问题，国际法院就该案解释说：“第五十九条……并不排除纯粹的宣告性判决。该条的目的只是为了防止国际法院在特定案件中接受的法律原则对其他国家或其他争端具有约束力。”<sup>251</sup>

165. 对第 7 号和第 8 号判决的解释案(霍茹夫工厂)也确认了对第五十九条性质的同样解释，其中认为，“第五十九条的目的只是防止[常设国际法院]在特定案件中接受的法律原则对其他国家或其他争端也具有约束力”。<sup>252</sup> 在此之前曾解释说，其先前判决是宣告性的，目的是“确保永久承认一种法律情况，并在当事

<sup>248</sup> 见拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见第 498-506 页，第 92-109 段；和贾达夫(印度诉巴基斯坦)案，临时措施，2017 年 5 月 18 日的命令，《2017 年国际法院案例汇编》，第 231 页起，见第 245 页，第 59 段。

<sup>249</sup> 在拉格朗案中(见前一脚注)，国际法院在讨论《规约》第四十一条时讨论了第九十四条第一项(关于裁判)和第二项(关于判决)之间的区别。见拉格朗案(前一脚注)，第 505 和 506 页，第 108 和 109 段。

<sup>250</sup> 但泽波兰邮政局案，第 11 号咨询意见，B 辑，1925 年 5 月 16 日，第 29 和 30 页。

<sup>251</sup> 德国在波兰上西里西亚的某些权益案(案情)，第 7 号判决，A 辑，1925 年 5 月 25 日，第 19 页(原文无着重标示)。

<sup>252</sup> 对第 7 号和第 8 号判决的解释案(霍茹夫工厂)，第 11 号判决，A 辑，1927 年 12 月 16 日，第 21 页。

国之间具有约束力；因此，就由此产生的法律效力而言，如此确立的法律地位不能再次受到质疑”。<sup>253</sup>

166. 在马夫罗马蒂斯在耶路撒冷特许权重新调整案中，被告国对常设国际法院审理此案的管辖权提出质疑。然而，先前裁判已经确定存在管辖权。在没有明确援引第五十九条的情况下，国际法院认为“没有理由背离明显源于先前判决的解释，法院仍然认为先前判决的推理是合理的”。<sup>254</sup>

167. 因此，常设国际法院在诚然有限的做法中，对第五十九条采取了狭义的看法，将该条效力限于适用于特定当事国的特定裁判。这种做法并不排除在后来的案件中将法律陈述用作支持关于其他当事国的裁判的理由。事实上，国际法院后来在有关争议事项和咨询程序的多项判决中相对更频繁地援引了第五十九条，在实质性和程序性问题上都表达了类似看法——这一趋势可以从多位法官的个人意见中得到证实——当时学术权威也注意到这一点。<sup>255</sup>

168. 在柏威夏寺案(初步反对意见)中，国际法院基本遵循了常设国际法院的解释，但收到了就第五十九条的适用性提出的初步反对意见，涉及国际法院之前对以色列和保加利亚之间 1955 年 7 月 27 日阿里尔事件案的裁判。国际法院区分了裁判约束力和裁判作为法律准确陈述的广泛效用：

泰国提出的第一项初步反对意见显然完全基于国际法院在以色列诉保加利亚案的裁判中就《国际法院规约》第三十六条第五项的正确适用范围得出的结论对泰国 1950 年声明的所谓影响。

泰国现在主张这一裁判对泰国 1950 年声明的效力产生影响，国际法院对此持不同意见。

国际法院在以色列诉保加利亚案中的裁判当然涉及保加利亚关于国际法院的立场这一具体问题，而且无论如何，根据《国际法院规约》第五十九条的规定，该裁判仅对该案当事国具有约束力。因此，该裁判本身不可能具有使泰国 1950 年声明无效的效力。然而，如果将其视为国际法院认为正确法律立场的陈述，则国际法院在以色列诉保加利亚案中所关注的与本案有关的唯一问题似乎是第三十六条第五项的效力——或者更准确地说，是其范围问题。<sup>256</sup>

<sup>253</sup> 同上，第 20 页。

<sup>254</sup> 马夫罗马蒂斯在耶路撒冷特许权重新调整案，第 10 号判决，A 辑，1927 年 10 月 10 日，第 18 页(原文无着重标示)。

<sup>255</sup> 见 William Eric Beckett, “Les questions d’intérêt général au point de vue juridique dans la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 39 (1932), pp. 140–142; 和 Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 105。

<sup>256</sup> 柏威夏寺案(柬埔寨诉泰国)，初步反对意见，1961 年 5 月 26 日判决：《1961 年国际法院案例汇编》，第 17 页起，见第 27 页(原文无着重标示)。

169. 同样，在北喀麦隆案中，国际法院解释说，如果其对该案作出判决，“根据《国际法院规约》第五十九条，判决对尼日利亚或任何其他国家或联合国任何机关不具约束力”。<sup>257</sup> 在此，国际法院重申其关于第五十九条与其他国家关系的既定立场。与此同时，国际法院还提到了联合国机关。一位评论者认为，这一陈述的最后部分是第五十九条的司法延伸，《国际法院规约》中显然并未提及。<sup>258</sup> 即使这种说法是正确的，根据对所述内容的文本解读，国际法院没有重复这一陈述也不可能是无关紧要的。

170. 西南非洲案中出现了另一个涉及第五十九条的问题，即对初步反对意见作出的判决是否会预先判断同一事项的案情相关问题。在就“排除”问题作出裁决时，国际法院确定，没有必要处理以下问题：

关于初步反对意见的裁判是否构成适当意义上的既判力，——是否属于《国际法院规约》第五十九条意义上的“裁判”，还是属于第六十条意义上的“确定”。关键的一点是，关于初步反对意见的裁判绝不能排除案情相关事项，无论该事项实际上是否已结合初步反对意见予以处理。<sup>259</sup>

国际法院最终认为：“因此，关于案情的任何裁定，只属于关于初步反对意见的裁判的理由，而非裁判目标，不能作为所涉案情的最终裁判。”<sup>260</sup>

171. Chester Brown 认为国际法院在该案中的立场“令人怀疑”，理由是，相关裁判如果涉及到以前判决的案情，就必然属于第五十九条的狭义范围。<sup>261</sup> 后来，这确实导致了规则的改变，允许法官根据《法院规则》第 79 条之三，灵活加入并非完全是初步性质的案情初步反对意见。<sup>262</sup>

172. 国际法院在货币黄金案中审理了意大利对法国、联合王国和美国提起的诉讼。挑战是，阿尔巴尼亚虽然不是诉讼当事国，但其行动却是争端的焦点。因此，在意大利质疑国际法院行使管辖权的能力后，法官们裁定：

在本案中，阿尔巴尼亚的法律利益不仅会受到裁判的影响，而且会成为裁判的标的。在这种情况下，《国际法院规约》不能被视为默示授权在阿尔巴尼亚缺席的情况下继续进行诉讼。

<sup>257</sup> 北喀麦隆案(喀麦隆诉联合王国)，初步反对意见，1963 年 12 月 2 日判决书：《1963 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 33 页。

<sup>258</sup> 见 Chester Brown, “Article 59 of the Statute of the International Court of Justice”, in Andreas Zimmermann and others, eds., *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pp. 1561–1590.

<sup>259</sup> 西南非洲案，第二阶段，判决，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 36 和 37 页，第 59 段。

<sup>260</sup> 同上。

<sup>261</sup> Brown, “Article 59 of the Statute of the International Court of Justice”, p. 1573, para. 35.

<sup>262</sup> 同上。另见 Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, pp. 1550–1560，关于非当事国参加者和第五十九条的讨论。

还认为，国际法院就意大利请求书中所提问题作出的任何裁判只对意大利和三个被告国具有约束力，对阿尔巴尼亚没有约束力。确实，根据《国际法院规约》第五十九条，国际法院对特定案件的裁判只对于当事国和该特定案件具有约束力。然而，这一规则所依据的假设是，国际法院至少能够作出具有约束力的裁判。在本案情况下，有待解决的关键问题涉及第三国的国际责任，国际法院未经该第三国同意的情况下，不能就该问题作出对任何国家，无论是第三国，还是案件的任何当事国具有约束力的裁判。

因此，国际法院裁定，虽然意大利和三个被告国赋予法院管辖权，但法院不能行使这一管辖权，不能对意大利提出的第一项主张作出裁决。<sup>263</sup>

173. 国际法院在该案中采取的立场通常被称为货币黄金原则。货币黄金原则曾被用来敦促国际法院因为涉及第三国的利益而拒绝行使其管辖权。法官们在瑙鲁和东帝汶等案件中适用货币黄金原则时，对相关案件进行区分，阐述了法院拒绝行使管辖权所需的标准。在瑙鲁案中，国际法院指出，只要“可能受到影响的第三国的法律利益不构成请求予以裁决的标的”，那么，新西兰和联合王国没有提出参加诉讼的请求，就不妨碍法院就所提主张作出裁决。“法院有权如此行事，而非案件当事国的第三国的利益受《法院规约》第五十九条的保护……”。法院接着得出结论认为，“法院关于瑙鲁提出属于澳大利亚的责任是否存在及其内容所作裁定，很可能会涉及其他两个有关国家的法律处境，但无需任何关于法律处境的裁定作为法院就瑙鲁对澳大利亚所提主张作出裁判的依据。因此，法院不能拒绝行使管辖权。”<sup>264</sup>

174. 在利比亚与马耳他间大陆架案中，国际法院在意大利请求参加诉讼时重申，法院无权裁决争端当事国未同意它裁决的争端事项。由于利比亚和马耳他于1976年5月缔结了一项特别协定，以将此案提交法院，因此法院不能裁决这两个国家相对于任何第三国各自大陆架的界限。这是因为日后的判决将不“仅仅在效力上受到《国际法院规约》第五十九条的限制：判决将明确表示不损害第三国的权利和所有权”。<sup>265</sup>

175. 国际法院以初步反对意见阶段形成的上述立场为基础，在关于案情的判决中，根据其判决仅对特定的诉讼当事国具有约束力这一立场，得出了合乎逻辑的结论，具体内容如下：

根据《规约》第五十九条，法院的裁判对当事国具有约束力，但不对第三国具有约束力。因此，如果裁判要以绝对的措辞表述，允许划定“属于”当事国的大陆架区域的界限，而非一个当事国表明其所有权优于另一当事

<sup>263</sup> 1943年从罗马运走货币黄金案(初步问题)，1954年6月15日判决：《1954年国际法院案例汇编》，第19页起，见第32和33页。

<sup>264</sup> 瑙鲁境内某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见，判决，《1992年国际法院案例汇编》，第240页起，见第261和262页，第54和55段。

<sup>265</sup> 大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，请求参加诉讼，判决，《1984年国际法院案例汇编》，第3页起，见第26和27页，第43段。

国，但如果法院有权调查第三国的所有权，有可能证明相关区域“属于”第三国，那么裁判必须限于不存在所有权主张的地理区域。确实，尽管有《特别协定》的规定，当事国实际上已请法院不要将其判决限于仅是当事国重叠主张的区域；但是，考虑到意大利在诉讼中的利益，法院不认为本院可以自由这样做。<sup>266</sup>

176. 最后，国际法院在喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案中在多个关于《规约》第五十九条解释的例子中，重申法院管辖权的基础是当事国的同意：

因此，法院不能就非诉讼当事国的第三国的法律权利作出裁判。在本案中，赤道几内亚以及圣多美和普林西比这些非诉讼当事国的权利可能受到影响。除非赤道几内亚及圣多美和普林西比成为诉讼当事国，否则相关权利不能由法院裁判确定。赤道几内亚确实请求并获准参加诉讼，但仅作为非当事国参加。圣多美和普林西比选择不参加诉讼。<sup>267</sup>

177. 国际法院于是在审理该争端时解释了源自第五十九条的一些限制，该条影响法院的管辖权，其管辖权没有被剥夺，不过法院在行使管辖权时必须考虑到未参加诉讼国家的权利：

法院认为，特别是在涉及若干国家海域的海洋划界案中，《规约》第五十九条可能并非总是提供充足保护。在本案中，第五十九条可能不足以保护赤道几内亚或圣多美和普林西比免受影响其合法权利的判决的影响，即使只是间接影响。喀麦隆援引的判例不能证明情况并非如此。<sup>268</sup>

178. 与此同时，尼日利亚在初步反对意见中对国际法院的管辖权提出异议，理由是，除其他外，根据第五十九条的规定，国际法院在印第安人领土通行权等案中作出的判决对尼日利亚与喀麦隆的案件没有直接的强制效力，法院的答复是：“确实，根据第五十九条，法院的判决只对特定案件的当事国具有约束力。不可能要求尼日利亚遵守法院在以前案件中作出的裁判。真正的问题在于，在本案中，是否有理由不遵循以前案件的推理和结论。”<sup>269</sup>

179. 在后一项陈述中，有一个例子突显了第五十九条的复杂性，其中对该条的解释区分了可恰当称为裁判狭义法律效力和广义法律效力的两种效力。关于狭义的法律效力，问题的核心是，判决的执行方面只适用于特定案件中争端的特定当事国。就裁判的约束力及其对第三方的不适用性而言，不可能有其他情

<sup>266</sup> 大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)，判决，《1985年国际法院案例汇编》，第13页起，见第25页，第21段。

<sup>267</sup> 喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚：赤道几内亚参加诉讼)，判决，《2002年国际法院案例汇编》，第303页起，见第421页，第238段。

<sup>268</sup> 同上。

<sup>269</sup> 喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998年国际法院案例汇编》，第275页起，见第292页，第28段(原文无着重标示)。

况。而所有国家都感受到广义法律效力，因为所有国家都需要遵守国际法院在其判例法中阐述的正确法律原则。

180. 然而，国际法院在实践中长期确定的做法是先前案件的推理和结论对其他案件仍然很重要，上述解释为这种做法留出了一些空间。因此，更广泛的法律效力是如此明确，不容否认。或者说，如果否认，就会与现实脱节。实际上，从上面楷体节录可以看出，处理某一具体法律裁定的责任甚至不是独立的。推定是，国际法院将从其先前对法律的正确陈述开始。推翻这一推定的责任转移到了试图推翻国际法院先前阐明的法律结论的一方身上。这一点虽然可能比较敏感，但几乎又让我们回到了尊重判例的概念上，尽管不一定称之为尊重判例。然而，没必要如此定性，因为这只会引起不必要的争议。不过，该条款的总体影响保持不变，为各国提供了法律安定性、一致性和可预测性，同时也为国际法院提供了合法性。其他国家法院和国际性法院后来依循国际法院的情况，对维护国际法作为一个连贯的法律体系具有系统性影响。

181. 在这方面，如一位著名评论者所指出，第五十九条“旨在强调判决的司法效力仅限于确定当事国之间的法律关系”。换言之，“第五十九条旨在确保一项裁判仅对特定案件的当事国具有约束力；但这并不妨碍在以后的案件中将该裁判作为‘国际法院认为正确的法律立场的陈述’”，<sup>270</sup> 国际法院在其中一个案件中如是解释。<sup>271</sup> 实际上，如另一位评论者所总结，“提及第五十九条只是意味着一项裁判的法律后果仅限于当事国和该特定案件”。<sup>272</sup> 国家实践(无论是在提交法院的书状中还是在外交信函中)也证实了这一结论。<sup>273</sup>

182. 在波斯尼亚灭绝种族案中，国际法院解释说，情况甚至更微妙：“就某一特定判决而言，可能有必要区分以下问题：第一，已作出具有既判力裁判的问题，或者是在对这些问题作出裁判时必然涉及的问题；第二，任何外围或附属事项，或附带意见；最后是根本没有被裁决的事项”。<sup>274</sup>

183. 从上述分析中可以明显看出，国际法院一贯坚持在解释第五十九条时使其有助于“保护”第三国的权利。然而，并非所有法官都普遍赞同这一观点。有些判例不无道理，也许詹宁斯法官的反对意见最能反映这一点：第五十九条所载的不加修饰的陈述多少有些“虚幻”：

<sup>270</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63.

<sup>271</sup> 见柏威夏寺案(上文脚注 256)。

<sup>272</sup> Eric De Brabandere, “The use of precedent and external case law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (1) (2016), p. 28。另见 Jennings, “General course on principles of international law”, p. 341; and Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, pp. 1552 and 1553.

<sup>273</sup> 见 Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 63。

<sup>274</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页起，见第95页，第126段。

国际法院尽管驳回了意大利参加诉讼的请求，但承认法院“不能完全无视意大利以及地中海区域其他国家的法律利益问题”(第 41 段)。为了解决这一问题，法院首先依据《规约》第五十九条。因此，法院认为(第 42 段)，意大利的权利将因《规约》第五十九条的效力而得到保障，无需参加诉讼；实际上，口头陈述甚至提出，法院的判决对任何第三方国家而言都是“他人之间的行为”(见判决书第 26 段)。关于这一命题，有很多话要说，因为第五十九条是《规约》的一项重要规定，必须从适当的角度看待它。

国际法院在讨论第五十九条时首先援引了常设国际法院的意见(A 辑，第 13 号，第 21 页)，即“第五十九条的目的只是防止法院在特定案件中接受的法律原则对其他国家或其他争端也具有约束力”(见判决书第 42 段)。这无非是说，判决的裁判原则并不具有约束力，因为在某些普通法系中，这些原则可能通过一个或多或少具有约束力的先例制度而具有约束力。但是，只要稍微了解一下国际法院的判例，就会发现第五十九条决不排除有说服力的先例的效力。因此，至少在这个意义上认为第五十九条保护第三国利益的想法是虚幻的。

或者，可以认为第五十九条也特别适用于判决主文，这一点很清楚：主文所创设的特定权利和义务确实是针对而且仅针对案件当事国，而且仅针对该案件。从这个相当具体、技术意义上说，意大利肯定会受到保护。这种保护很重要，否则就大错特错了。

然而，即使考虑到严格的法律原则，认为判决的效力完全受第五十九条的限制也是不现实的。国际法院的每个成员国都有尊重法院判决的一般义务。<sup>275</sup>

184. 如穆罕默德·沙哈布丁以学术身份撰文指出，从詹宁斯法官反对意见的第一和第二段，我们可以得出两个重要的解读。第一，认为第五十九条只不过是说明了法院的原则和裁判不像在普通法系中那样具有约束力。第二，也许更可取的解释是，该条款适用于主文，而不一定“适用于遵循先例的问题”。<sup>276</sup>值得注意的是，无论采用哪种解释，结论都是，与第五十九条有关的实践并不妨碍国际法院考察其以往陈述的原则和裁判，只要法院继续认为这些原则和裁判是对法律的准确陈述。

185. 国际法院在裁判案件时首先查看本院先前的裁判，有很多实际原因。如赫希·劳特派特爵士不久前令人信服地指出：

国际法院遵循本院的裁判，其理由与所有法院——无论是否受先例原则的约束——遵循的理由相同，即因为这些裁判积存了法律经验，便于遵循；因为它们体现了国际法院过去所认为的良法；因为尊重过去作出的裁判有助于确定性和稳定性，而确定性和稳定性正是有序司法的精髓所在；以及

<sup>275</sup> 大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)(见上文脚注 265)，罗伯特·詹宁斯爵士的反对意见，第 148 页起，见第 157 和 158 页，第 27 和 28 段(原文无着重标示)。

<sup>276</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, pp. 102 and 103.

(一个次要且并非总是准确的考虑因素)，因为在没有令人信服的相反理由的情况下，法官自然不愿意承认他们以前是错的。<sup>277</sup>

#### E. 《国际法院规约》第五十九条和第六十一条之间关于判决的终局性(既判力)的联系

186. 总的来说，《国际法院规约》第五十九条的重要性主要在于它表明了法院对案件实质所作裁判的价值或效力。法院裁判的“拘束力”要素与给问题带来终局性的概念不同。这就引出了另一个概念——既判力，人们普遍认为它反映了一般法律原则。常设国际法院和国际法院判例中的一些例子足以说明这一点。

187. 首先，在奥里诺科公司案中，法国-委内瑞拉混合索偿委员会指出：“在许多案件中宣布的一般原则是，对由具有管辖权的法院作为追偿理由明确提出并直接确定的权利、问题或事实，是[不得]提出异议的”。<sup>278</sup>

188. 这一建立在国内法中关于判决必须具有终局性的长期理念之上的原则，早已在国际法中得到许多国际性法院和法庭的认可。例如，常设国际法院在但泽波兰邮政局案中解释了在虔诚基金案中是如何处理这一问题的。<sup>279</sup> 不过，安齐洛蒂法官的意见占了上风：她在一项反对意见中表示，关键要素将涉及 *persona*(即当事国的身份)、*petitum*(寻求的救济)和 *causa petendi*(诉讼原因)。<sup>280</sup>

189. 在 1964 年巴塞罗那电车公司案中，国际法院解释说，既判力一词的意思是问题“最终得到彻底解决”。<sup>281</sup> 在特雷耳炼锌厂仲裁案中，基本上采用了相同的表述，仲裁庭认为，在该案中无疑存在既判力，因为“识别的三个传统要素，即当事国、目的和原因”，是相同的。<sup>282</sup>

190. 正如 Shabtai Rosenne 所指出的，关于国际法院，虽然一些评论者认为，国际法院在不同案件中对这一问题采取的做法不一致，但是“《规约》的第五十九、六十和六十一条的综合效果……产生了既判力”。<sup>283</sup> 波斯尼亚灭绝种族案的推理可以说明这一点，法院在该案中解释说：

<sup>277</sup> Sir Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1982), p. 14.

<sup>278</sup> 奥里诺科总公司案，1905 年 7 月 31 日裁决，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 184-285 页，见第 276 页。

<sup>279</sup> 但泽波兰邮政局案(见上文脚注 250)，第 30 页。

<sup>280</sup> 对第 7 号和第 8 号判决的解释案(霍茹夫工厂)(见上文脚注 252)，安齐洛蒂法官的反对意见，第 23 页。

<sup>281</sup> 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，初步反对意见，判决，《1964 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 20 页。

<sup>282</sup> 特雷耳炼锌厂案(美国，加拿大)，1938 年 4 月 16 日及 1941 年 3 月 11 日裁决，国际仲裁裁决汇编，第三卷，第 1905-1982 页，见第 1952 页。

<sup>283</sup> Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, at pp. 1598.

从《法院规约》和《联合国宪章》的条款中可以看出[既判力]的根本性质。国际法院的司法实践反映了这一原则的基本特性和目的。这一原则意味着，国际法院的裁判不仅对当事国具有约束力，而且是最终裁判，因为当事国不得就已裁定的问题重新审理这些，除非为此目的专门规定了特殊性质的程序。尽管《规约》第五十九条的措辞是否定的，但其核心肯定地表示，当事国受法院就其案件所作的裁判约束。《规约》第六十条规定，判决系属确定，不得上诉；第六十一条对当事国请求更改判决的能力在时间和内容上都有严格的限制。<sup>284</sup>

191. 换句话说，根据国际法院且如本报告前文所述，只有对第五十九、六十和第六十一条的综合解读才具有最终彻底解决问题的既判力。上述办法可以通过参考其他案件得到证实。例如，在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)中，国际法院可以说扩大了其推理几乎神圣不可侵犯的性质，并以下列措辞予以支持：

虽然这些案件[援引一个诉讼案件和一个咨询事项]中涉及的一些事实和与法律有关的问题也出现在本案中，但这些裁判都不是在本案两个当事国(克罗地亚和塞尔维亚)之间的诉讼中作出的，因此，正如当事国所承认的，不存在既判力问题(《法院规约》第五十九条)。如果这些裁判包含法律结论，国际法院将以对待以往所有裁判的方式对待它们：也就是说，虽然这些裁判对法院没有任何约束力，但法院不会偏离其既定判例，除非法院找到非常特殊的理由这样做。<sup>285</sup>

192. 事实上，尽管对第五十九条作了上述理解，但国际法院在某些案件中承认，一个案件的某一判决可能具有更广泛的法律影响——这一事实也在许多个人意见(如辛格法官的意见)中得到承认。<sup>286</sup> 众多可能例子中的四个例子(两个来自常设国际法院、两个来自国际法院)就足以说明这一点。首先，常设国际法院在其霍茹夫工厂案的裁判中，以其在“温布尔登”号案中的初次判决为依据，解释说“法院必须……提请注意……它在第1号判决中已说过的话，即法院既不能也不应该考虑在规定的遵守期限届满时判决未得到遵守的可能性”。<sup>287</sup>

193. 其次，同样，在阿尔巴尼亚少数民族学校案中，常设国际法院回顾了自己的意见，即“在1923年9月15日关于获得波兰国籍问题的咨询意见(第7号

<sup>284</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)(见上文脚注274)，第90页，第115段。

<sup>285</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，初步反对意见，判决，《2008年国际法院案例汇编》，第412页起，见第428页，第53段(原文无着重标示)。

<sup>286</sup> 他在个人意见中指出，尽管第五十九条是那样措辞的，但国际法院的看法可能会对国家间关系产生影响，包括那些未由国际法院审理的国家。见爱琴海大陆架案，副院长纳根德拉·辛格的个人意见(上文脚注240)，第47页。

<sup>287</sup> 霍茹夫工厂案(赔偿要求)(案情实质)，第13号判决，A辑，1928年9月13日，第63页(引用“温布尔登”号案，第1号判决，A辑，1923年8月17日，第32页)。

意见)中, 法院提到它已在第 6 号咨询意见中表达过的意见, 即“将使《少数民族条约》丧失其大部分价值的解释是不可接受的”。<sup>288</sup>

194. 国际法院自身的话, 则在爱琴海大陆架案中指出:

虽然根据《规约》第五十九条的规定, “法院之裁判除对于当事国及本案外, 无约束力”, 但法院关于[1928 年和平解决国际争端总议定书]地位的任何声明, 不论是否被认定为有效或不再有效, 都可能对希腊和土耳其以外的其他国家之间的关系产生影响。<sup>289</sup>

195. 在爱琴海大陆架案中, 国际法院基本上对其《规约》第六十三条第一款所隐含的内容作了司法解释。基本上, 如上所讨论, 根据该条款, 只要对除当事国以外还有其他缔约国的条约的解释有问题, 所有这些国家都应得到通知, 并可行使干预权。该条款的目的, 例如赋予各国就某一特定条约条款发表意见的权利, 显然是让各国为国际法院形成在该问题上的法律立场做出贡献。它接受这样的前提, 即这样的裁决将对案件中的非当事方产生更广泛的影响, 以至于法院对该条款作出的解释可能被视为在该法律观点上具有权威性。

196. 在大陆架案(阿拉伯利比亚民众国/马耳他)等其他案件中, 国际法院驳回了意大利作为该案件参加诉讼者的申请, 理由之一是意大利的权利将受到第五十九条的保护。如前所述, 詹宁斯法官持反对意见, 并指出了几个会削弱该结论说服力的考虑因素: 即判决的效力不完全受第五十九条的限制, 因为它们可以以国际法原则和规则为基础, 而且在任何情况下, 联合国会员国都有义务尊重国际法院的司法裁决。

197. 鉴于国际法院作出过各种裁决——上文只引用了其中一些, 很难对这一立场提出异议。诚然, 若非如此又当何如? 例如, 设想两个国家在灭绝种族罪的解释或适用方面存在争议, 而这两个国家都是《防止及惩治灭绝种族罪公约》的缔约国。此后, A 国决定援引《公约》第九条, 将 B 国告上国际法院, 指控其违反第二条。国际法院在裁决中对涉及《公约》的争议性解释或适用进行解释, 并作出裁判。根据《国际法院规约》第五十九条和上文讨论的国际法院的广泛实践, 这项裁判仅对 A 国和 B 国具有约束力。

198. 然而, 即使同为《公约》缔约国的 C 国和 D 国或 E 国并非国际法院审理的 A 国与 B 国之间关于《公约》第二条的适当解释的争端中的当事国或参与国, 也很难理解它们中的任何一国在根据《公约》规定的灭绝种族罪定义确定其自身义务的适当范围时, 或在以后关于类似法律问题的争端中, 如何能够无视国际法院的裁决。换句话说, 国际法院在涉及 A 国和 B 国的案件裁判中阐明的有关灭绝种族罪的法律规则或原则, 虽然在技术上不具约束力, 但将成为(在别处找不到的)对第二条的司法解释的来源; 这也会对其他《公约》缔约国的义务产生影响。

<sup>288</sup> 阿尔巴尼亚少数民族学校案, 咨询意见, 1935 年 4 月 6 日, A/B 辑, 第 20 页。

<sup>289</sup> 爱琴海大陆架案(见上文脚注 240), 第 16 和 17 页, 第 39 段。

199. 虽然前面的例子是虚构的情况，但实际上这是国际法院在阿韦纳案中的立场，法院在该案判决中明确表示，在从《维也纳领事关系公约》<sup>290</sup> (当事国双方对该公约第三十六条的某些方面存在争议)的普遍适用角度作出判决后，其他人不得对其在该判决中的任何结论作出相反的解释，因为对墨西哥国民作出的解释基本上适用于在美国遇到类似情况的其他外国国民。<sup>291</sup>

200. 上述措辞稍微不同的例子说明了“裁判本身的效力”和“在裁判中权威地表达的国际法的效力”之间的区别。<sup>292</sup> 这是一个早在常设国际法院的判例中就已作出的细微但重要的区别，正如佐里契奇法官在1950年和约的解释案中所暗示的那样，根据判例，“确实任何国际法院都不受先例的约束。但有一点法院必须考虑，即国际法原则。如果一个先例牢固地建立在一条原则的基础上，只要这一原则仍有价值，国际法院就不能以相反的意义对类似案件作出裁判。”<sup>293</sup> 最终分析称，“从法院本身的角度来看，裁判中所述的法律被视为国际法的一部分；因此，适用于所有国家，无论其是否为案件的当事国。因此，问题不在于裁判本身是否作为具有约束力的先例适用，而在于裁判所规定的法律是否被视为国际法的一部分。”<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> 《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第596卷，第8638号，第261页。

<sup>291</sup> 见阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004年国际法院案例汇编》，第12页起，见第69和70页，第151段(“为避免任何含糊之处，应明确指出，虽然法院所述内容涉及案件由墨西哥向其提交的墨西哥国民，但法院一直是从《维也纳公约》的普遍适用角度来处理本诉讼程序中提出的原则问题的，因此不可能就法院在本判决中的任何裁定提出相反论点。换句话说，在本案中，法院的裁决只涉及墨西哥国民，但这一事实并不意味着法院在本判决中得出的结论不适用于在美国处于类似情况的其他外国国民”)。

<sup>292</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 107.

<sup>293</sup> 和约的解释案，咨询意见，《1950年国际法院案例汇编》，第65页，佐里契奇法官的反对意见，第98页起，见第104页。

<sup>294</sup> Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 109.

## F. 关于常设国际法院和国际法院在先例方面的实践的意见

201. 根据上述分析，并考虑到常设国际法院和国际法院的判例，毫无疑问，就联合国主要司法机关而言，正式法律立场是，其裁判只对当事国具有约束力，且仅在其案件范围内有效。然而，这并不是对关于在国际法院缺乏先例的规则的表达。事实上，对于国际法院不遵循先例制度的立场是否是由《法院规约》第五十九条或其他条款的规定所导致，存在一些争议。正如本章所述，更令人信服的观点是，并非如此。事实是，无论国际法院是否有“遵循先例”的规则，裁判的法律效力都不仅仅对当事国具有制约作用。显然，第三方，包括不一定直接参与诉讼的国家，也会受到影响，特别是在确定条约、习惯或一般法律原则的存在和内容方面。国际法院会出于一致性和可预测性的原因援引自己的判例法。<sup>295</sup>

202. 在现阶段，也许有必要就各国和国际法院在第三十八条第一项(卯)款和第五十九条之间联系方面的惯例提出几点补充意见。首先，无论后一条款(为了限定前一条款而列入《规约》)的目的如何，显然，根据国际法院及其前身的《规约》，国际法中不存在遵循先例的理论。然而，正如常设国际法院和国际法院的惯例所表明的那样，没有必要诉诸这种关于先例约束力的理论，这种理论更适合于国家一级的等级制度。没必要展开普通法与大陆法的争论。受到两者启发的国际法院制定了自己的制度，且制度总体上运行良好。

203. 第二，尽管先例在形式上不具约束力，但国际法院并不把以前的裁决视为具有约束力的先例，而是看其是否具有有助于解决之后法律争端的说服价值和实用价值，这与其前身的做法大致相同。之所以能够做到这一点，是因为在实践中，第五十九条适用的狭义裁判与裁判中阐述的国际法原则和规则之间存在着本质区别，因为狭义裁判意味着其仅对当事国的案件具有约束力，而后者在许多情况下适用范围更广。前者仅限于当事国，而后者则不必如此。无论该规则的原始来源是条约、习惯国际法还是一般法律原则，都是这样。问题是，一旦被认为是对法律的正确表述，那么作为相关条约缔约国或根据习惯国际法行事或援引一般法律原则的其他国家的行为就必须符合对法律的表述，直到该规则不再被视为对法律的正确解释。不遵守这一规则可能构成违反对其他国家承担的义务。

## G. 国际海洋法法庭对先例的做法

204. 其他负责解决国家间争端的国际性法院，如国际海洋法法庭，与国际法院相比，可能有不同的法律依据。但它们在适用的规约和判例中反映了与国

<sup>295</sup> 关于评注，见 Gilbert Guillaume, “The use of precedent by international judges and arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 1 (2011), pp. 5–23, at p. 9. 另见 Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, “The spell of precedents: lawmaking by international courts and tribunals”, in Cesare P.R. Romano, Karen J. Alter and Yuval Shany, eds., *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pp. 503–522; and Adolfo Miaja De la Muela, “Mutación de jueces y continuidad jurisprudencial en el Tribunal Internacional de Justicia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 15, No. 1-2 (1962), pp. 11–34.

际法院类似的立场，基本上表明其裁判没有正式的先例规则。在本报告的这一部分，特别报告员将分析国际海洋法法庭的实践。

205. 虽然特别报告员认真考虑过审查国家间仲裁机构对先例问题采取的做法以及世界贸易组织争端解决机构等其他国际法庭的实践，<sup>296</sup> 并将其与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(具有独特的特征)、<sup>297</sup> 黎巴嫩问题特别法庭、当然还有国际刑事法院等国际性刑事法院的实践进行对比，但出于缩短本报告篇幅的原因，他最终决定不进行这样的分析。这一决定基于以下事实：(a) 国际法委员会成员已经可以查阅这些实践，因为秘书处第二份备忘录中仔细记录了这些实践；(b) 特别报告员可以在今后的报告中随时重启关于这些法庭最相关实践的讨论。

206. 撇开这一点不谈，现在审查国际海洋法法庭的实践似乎恰逢其时。《联合国海洋法公约》关于“适用的法律”的第二九三条确认，法庭必须适用其公约“和与之不相抵触的其他国际法规则”。<sup>298</sup> 有意思的是，《法庭规约》关于海底争端分庭“可适用的法律”的第三十八条规定如下：“除第二九三条的规定以外，分庭应：(a) 适用按照本公约制订的管理局规则、规章和程序；和(b) 对有关‘区域’内活动的合同的事项，适用这种合同的条款。”

207. 此外，《联合国海洋法公约》第七十四条第 1 款和第八十三条第 1 款以几乎相同的条款分别述及专属经济区和大陆架的划界问题，内容如下：“海岸相向或相邻的国家间[专属经济区][大陆架]的界限，应在国际法院规约第三十八条所指国际法的基础上以协议划定，以便得到公平解决”(原文无着重标示)。

208. 显然，将上述规定与《联合国海洋法公约》关于“适用的法律”的第二九三条结合起来阅读可以确认，国际海洋法法庭除了能够适用其《公约》“和与之不相抵触的其他国际法规则”外，还必须将其作为可以依据的法律渊源适用《国际法院规约》第三十八条，从而将国际法院的框架和国际法的一般规则明

<sup>296</sup> 关于世界贸易组织先例问题的深入研究，见 Niccolò Ridi, “Rule of precedent and rules on precedent”, in Eric De Brabandere, ed., *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021), pp. 354–400。特别报告员感谢他的学术同事向其提供并与之分享世界贸易组织和各种仲裁法庭的相关判例法。

<sup>297</sup> 例如，《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条第 3 款要求法庭“以前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭上诉分庭的裁判为指导”，并且在使用国内法方面，还“以塞拉利昂最高法院的裁判为指导”。然而，在塞拉利昂问题特别法庭随后的判例中，上诉分庭裁定，它有权酌情以具有说服力的方式利用这些法庭和其他法庭的裁判，而不受这些裁判的约束。例如，在塞拉利昂特别法庭的检察官诉 *Sam Hinga Norman* 案(案件号 SCSL-2003-14-08\_PT, 关于检察官提出的立即对证人和被害人采取保护措施以及不公开披露的动议的裁判，2004 年 5 月 23 日，第 11 段)中，法院认为：“在无意减损卢旺达问题国际法庭和前南斯拉夫问题国际法庭裁判的先例作用或说服作用的情况下，必须强调，在《规约》第 20 条中使用‘应以……为指导’这一措辞并不意味着要不加批判地一味效仿我们姐妹法庭所阐述的原则和理论，无论是在先例方面还是在说服力方面。这种做法将阻碍特别法庭根据其自身的独特起源和特点在司法判例方面的不断发展。相反，特别法庭有权在发展自己的判例时考虑到法庭所在地一些独特和不同的社会文化和司法动态。这并不是说，卢旺达问题国际法庭和前南斯拉夫问题国际法庭阐述的合理和逻辑上正确的法律原则，经必要调整和修改后，不可适用于特别法庭在裁决过程中遇到的类似事实情况，以在关于解释和适用国际刑事法庭程序和证据规则的司法裁决中保持逻辑上的一致性和统一性”(原文无着重标示)。

<sup>298</sup> 《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥贝)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

确纳入其法律框架。不言而喻，适用的法律和关于渊源的其他国际法规则直接和间接地将我们带回到《国际法院规约》第三十八条第一项(子)至(寅)款所载的渊源和(卯)款所述的辅助手段。

209. 因此，提及《国际法院规约》第三十八条和与《联合国海洋法公约》不相抵触的其他国际法规则的法律效力，将《国际法院规约》所载关于法律渊源的条款(该条款不管在什么情况下也反映了习惯国际法)延伸至国际海洋法法庭。在孟加拉湾案中，法庭自身就海洋划界问题及其对所有此类问题采取的更广泛做法作出如下裁定：“《国际法院规约》第三十八条提及的国际性法院和法庭的裁判，在确定适用于《公约》第七十四条和第八十三条规定的海洋划界的法律内容方面也特别重要”，<sup>299</sup> 这样一来，在这方面可能存在的任何疑问都已通过一项构成辅助手段的司法裁判得以解决，这多少有点具有讽刺意味。

210. 国际海洋法法庭的成立文件也有了与《国际法院规约》第五十九条相当、关于裁判的终局性和约束力的条款；有意思的是，与国际法院的条款相比，该条款规定，“法庭的裁判是有确定性的，争端所有各方均应遵行”（《法庭规约》第三十三条第 1 款），且“裁判除在当事各方之间及对该特定争端外，应无约束力”（《规约》第三十三条第 2 款）。几乎就像国际法院的制度一样，对于参加国而言，只要参加请求得到批准，“法庭对该争端的裁判”就在与该缔约国参加事项有关的范围内“对参加的缔约国有约束力”。<sup>300</sup> 同样，与国际法院一样，《规约》也承认在涉及国际协定的解释问题时，裁判可能产生系统性影响。这就要求，在这种情况下，邀请所有缔约国参加诉讼，并且决定参加诉讼的缔约国也将受法庭裁判的约束。<sup>301</sup>

211. 综上所述，并从秘书处的第二份备忘录中可以看出，在仲裁法庭方面，没有正式规则规定国际海洋法法庭在解决争端时必须使用该法庭或其他法院先前的司法裁判作为具有约束力的先例。相反，没有任何规则禁止国际海洋法法庭在认为其他机构的裁判具有说服力的情况下使用那些裁判。然而，在实践中，主要是出于法律安全的原因，国际海洋法法庭也审查自己以往的裁判和国际法院的裁判，特别是考虑到它们的管辖权有部分重叠。

212. 从更广泛的角度来看，鉴于上述情况，埃里克·德布拉班代雷等学者发现国际海洋法法庭的裁判在程序性和实质性问题，特别是在海洋划界问题上依据常设国际法院和国际法院的裁判，也便不足为奇。<sup>302</sup> 该联合国主要司法机构在程序问题上以及对法庭来说可能更为重要的海洋划界问题上都有大量的

<sup>299</sup> 孟加拉湾海洋边界划定案(孟加拉国/缅甸)，判决，《2012 年判决书、咨询意见和命令汇编》（《国际海洋法法庭案例汇编》），第 4 页起，见第 56 页，第 184 段。

<sup>300</sup> 《国际海洋法法庭规约》第三十一条第 3 款。

<sup>301</sup> 同上，第三十二条第 3 款。

<sup>302</sup> Eric De Brabandere, “The use of precedent and external case law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 15 (2016), pp. 24–55.

判例。因此，法庭不断援引国际法院的结论来证明其说服力，频繁到似乎超出了礼让的范围。这反映了它们的程序以及提交法庭的问题与国际法院及其前身以前处理的问题的相似性。

#### 1. 国际海洋法法庭根据其以往裁判和国际法院裁判就程序事项作出的裁判

213. 在南方蓝鳍金枪鱼案中，新西兰和澳大利亚于 1999 年对日本提起仲裁程序，声称日本在 1998 年和 1999 年单方面试验性捕捞南方蓝鳍金枪鱼，违反了《联合国海洋法公约》规定的义务。国际海洋法法庭在其意见中采用并适用了常设国际法院和国际法院关于“争端”的定义，但未作任何解释，其措辞如下：“考虑到法庭认为，争端是‘对法律观点或事实的分歧，是法律意见或利益的冲突’(马夫罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案，第 2 号判决，1924 年，常设国际法院汇编(A)，第 2 号，第 11 页)，而且‘必须证明一方的主张受到另一方的积极反对’(西南非洲案，初步反对意见，判决，《1962 年国际法院案例汇编》，第 328 页)”。<sup>303</sup> 接着规定了在仲裁法庭就争端作出裁判之前的具体临时措施。

214. 同样，在“大王子”号一案中，一艘悬挂伯利兹国旗的渔船因未经许可在法国管辖的凯尔盖朗群岛专属经济区捕鱼于 2000 年被扣押。该船被押送到留尼汪岛，并因船长未经许可捕鱼和未申报船上鱼类而下发了违反情况报告。圣保罗一审法院确认了扣押一事并规定了保证金，但申请人对此提出异议，从而引发了管辖权争议。法庭的结论是，证据未能证明伯利兹是船旗国。因此，伯利兹没有审理此案的管辖权。非常有意思的是，法庭在作出这一裁断时援引了“国际裁定中的既定判例”，根据这一判例，“一个法庭在任何时候都必须确信它有管辖权审理提交给它的案件。为此目的，该法庭有权自行审查其管辖权的依据”。<sup>304</sup>

215. 国际海洋法法庭接着援引两个权威来支持这一法律主张。第一，法庭回顾其在“赛加号”案(第 2 号)中的意见，即“即使当事国对法庭的管辖权没有异议，‘法庭必须确信它对所提交的案件具有管辖权’(1999 年 7 月 1 日判决，第 40 段)”。<sup>305</sup> 第二，法庭回顾：“同样，国际法院也指出：‘然而，法院必须始终确保自己拥有管辖权，必要时必须自行审查此事。’(对国际民用航空组织理事会管辖权的上诉案，判决，《1972 年国际法院案例汇编》，第 46 页起，见第 52 页)。”法庭进而得出结论认为，法庭因此拥有“处理管辖权问题所有方面的权利，不论当事国是否明确提出这些方面”。<sup>306</sup>

<sup>303</sup> 南方蓝鳍金枪鱼案(新西兰诉日本；澳大利亚诉日本)，临时措施，1999 年 8 月 27 日命令，《1999 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 280 页起，见第 293 页，第 44 段(原文无着重标示)。

<sup>304</sup> “大王子”号迅速释放案(伯利兹诉法国)，判决，《2001 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 17 页起，见第 41 页，第 77 段(原文无着重标示)。

<sup>305</sup> 同上，第 78 段。

<sup>306</sup> 同上，第 79 段。

216. 第三个例子是柔佛海峡及其周围填海造地案，<sup>307</sup> 该案涉及新加坡在柔佛海峡及其周围的填海造地活动，由马来西亚根据《联合国海洋法公约》第二八七条及其附件七第一条于 2003 年 7 月 4 日提起诉讼。马来西亚称，填海造地工程侵犯了它在该地区的权利。国际海洋法法庭发布了临时措施令。应当事国双方的共同请求，法庭按照双方于 2005 年 4 月 26 日签订的《和解协议》的条款作出裁决。为此，法庭将《和解协议》的案文作为附件附在裁决书之后。法庭在第 52 段中以下列方式提到常设国际法院和国际法院：“考虑到，如国际法院所述，‘无论是在《宪章》中，还是在国际法中，都没有任何一般规则规定用尽外交谈判手段是将事项提交国际法院的先决条件’。”<sup>308</sup>

217. 第四个也是最后一个例子涉及国际海洋法法庭对管辖权问题采取的做法。有意思的是，法庭在诉讼和咨询事项上的立场在很大程度上借鉴了国际法院的判例。例如，在关于“路易莎”号的案件中，法庭必须通过评估申请人的事实主张与《联合国海洋法公约》有关条款之间是否存在联系来确定这些条款是否能够支持这些主张，从而解决其是否具有管辖权的问题。在解决这一问题时，法庭引用了国际法院的判例法，特别是石油平台案的判决。<sup>309</sup> 然而，在确定在对管辖权的存在有争议的情况下，法庭进一步援引了国际法院的裁判，“只有在争端当事国双方[根据《联合国海洋法公约》第二八七条]所作声明的实质内容相一致的情况下，才存在管辖权”。<sup>310</sup> 法庭(几乎与国际法院在一系列案件中所做的一样)甚至更进一步暗示，必须存在“特殊情况”，才能偏离判例。<sup>311</sup>

218. 这种援引模式也可见于咨询事项，而不仅仅是诉讼事项。在“国家对区域内活动的责任和义务”以及“次区域渔业委员会提交的咨询意见请求”的案

<sup>307</sup> 柔佛海峡及其周围填海造地案(马来西亚诉新加坡)，临时措施，2003 年 10 月 8 日命令，《2003 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页起，见第 20 页，第 52 段(援引喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案，初步反对意见，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 303 页，第 56 段)。

<sup>308</sup> 同上，第 52 段。

<sup>309</sup> “路易莎”号案(圣文森特和格林纳丁斯诉西班牙王国)，判决，《2013 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 4 页起，见第 34 页，第 99 段(援引石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，《1996 年国际法院案例汇编》，第 803 页起，见第 810 页，第 16 段)。

<sup>310</sup> 同上，第 81 段(援引某些挪威贷款案，1957 年 7 月 6 日判决，《1957 年国际法院案例汇编》，第 9 页起，见第 23 页)。另见刚果境内的武装活动案(新请求书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权和可受理性，判决，《2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，见第 39 页，第 88 段。

<sup>311</sup> “路易莎”号案(见上文脚注 309)，第 147 段。关于法庭援引国际法院裁决的其他诉讼程序，见“路易莎”号案(圣文森特和格林纳丁斯诉西班牙王国)，临时措施，2010 年 12 月 23 日命令，《2008-2010 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 58 页起，见第 68 页，第 64 段(关于交换意见的义务(《联合国海洋法公约》第二八三条))；和“北极曙光”号案(荷兰王国诉俄罗斯联邦)，2013 年 11 月 22 日命令，《2013 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 230 页起，见第 242 和 243 页，第 48、51 和 52 段(关于不到庭)。

件<sup>312</sup>(在这些案件中,海底争端分庭首先必须确定它是否有管辖权出具所请求的咨询意见)中,海底争端分庭审查了《联合国海洋法公约》的条款。分庭指出:“向[其]提出的问题涉及对《公约》条款的解释,并提出了一般国际法问题。分庭回顾,国际法院……曾指出,‘以法律角度提出并引起国际法问题的问题……就其性质而言,可以有基于法律的回复’。”<sup>313</sup>

219. 同样,在“次区域渔业委员会提交的咨询意见请求”的咨询意见(在其中一些缔约国要求法庭拒绝行使其咨询管辖权)中,法庭在解释《法庭规则》第138条时依据了国际法院的各项裁决。法庭指出,虽然它有拒绝提供咨询意见的酌处权,但即使相关条款的要求得到满足,它也不会轻易这样做。在此处还提及国际法院的裁判,以支持其提出的以下主张:“除非有‘令人信服的理由’,否则原则上不应拒绝提供咨询意见的请求,这一点已得到公认。”<sup>314</sup>

220. 同样,关于一些国家认为提交法庭审理的问题是抽象问题的论点,法庭再次根据国际法院的判例法回复说:“可以‘就任何抽象或非抽象的法律问题’发表咨询意见,这一点也是公认的。”<sup>315</sup>

## 2. 国际海洋法法庭依据国际法院判例就实质性事项作出的裁判

221. 如上所述,尽管没有正式的具有约束力的先例制度,但国际海洋法法庭在处理实质问题时,既依据自己以往的裁判,也依据国际法院的裁判。只要从许多可能的例子中举出几个就足以说明这一点。<sup>316</sup>

<sup>312</sup> “国家对区域内活动的责任和义务”,咨询意见,2011年2月1日,《2011年国际海洋法法庭案例汇编》,第10页;“次区域渔业委员会提交的咨询意见请求”,咨询意见,2015年4月2日,《2015年国际海洋法法庭案例汇编》,第4页。

<sup>313</sup> 这段话见“国家对区域内活动的责任和义务”(见前一脚注),第39段;和“次区域渔业委员会提交的咨询意见请求”(见前一脚注),第65段。在这两起案件中,分庭援引了:“科索沃单方面宣布独立是否符合国际法”,咨询意见,《2010年国际法院案例汇编》,第403页起,见第414和415页,第25段;和西撒哈拉,咨询意见,《1975年国际法院案例汇编》,第12页起,见第18页,第15段。

<sup>314</sup> “次区域渔业委员会提交的咨询意见请求”(见上文脚注312),第71段,提及“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”(见上文脚注149),第14段。

<sup>315</sup> 同上,第72段(原文无着重标示),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页起,见第61页。

<sup>316</sup> 关于法庭援引国际法院裁判的其他例子,见关于国家责任问题:“赛加号”案(第2号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚),判决,《1999年国际海洋法法庭案例汇编》,第10页起,见第56和65页,分别见第133和170段;和“国家对区域内活动的责任和义务”(见上文脚注312),第62页,第194段。关于条约的解释,见“国家对区域内活动的责任和义务”(见上文脚注312),第29页,第59和60段。关于习惯国际法,见“国家对区域内活动的责任和义务”(见上文脚注312),第28页,第57段。关于指称的权利(可诉性),见大西洋海洋边界划定案(加纳/科特迪瓦),临时措施,2015年4月25日命令,《2015年国际海洋法法庭案例汇编》,第146页起,见第158和159页,分别见第57和63段。

222. 例如，它曾出于以下原因这样做：为了在“恩里卡·莱克西”号案中确定人道考虑因素在海洋法方面的适用性，<sup>317</sup> 为了维护先前对《联合国海洋法公约》第六十二条第 4 款关于专属经济区内生物资源养护和管理的某些规定的解释，<sup>318</sup> 为了引用国际法院在纸浆厂案中阐述的预防性做法，<sup>319</sup> 以及为了确认《维也纳条约法公约》中解释规则的习惯国际法地位——虽然国际法院只是默然采纳了这些规则，<sup>320</sup> 但这些规则已得到国际法院及其他国际性法院和法庭的确认。事实上，为了在孟加拉湾案中完成一系列例子的列举，以便为法庭接受其随后将依据的国际法院等其他法院和法庭及仲裁机构的判例提供法学原理，法庭回顾说：“国际性法院和法庭制定了一套关于海洋划界的判例法，该判例法减少了在确定海洋边界和为此选择方法时的主观性和不确定性”。<sup>321</sup>

## H. 关于国际海洋法法庭在先例方面实践的意见

223. 上述分析证实，国际海洋法法庭与国际法院一样，没有具有约束力的先例制度。但是，法庭已形成惯例，即其经常依据常设国际法院和国际法院以及其他法院和法庭的裁判。作为一个较新的法院，引用这些法院的既定判例法有助于提高其解决法律问题的能力，并有助于增强其合法性。在这一阶段，至少还需要提出两点意见。

224. 首先，鉴于国际海洋法法庭是一个专门处理与海洋法有关的问题、相对较新的法庭，因此其判例法的数量要有限得多。尽管如此，从涉及诉讼事项和少数咨询意见的判例法中，似乎可以看出两种广泛的模式。第一种模式反映了一种实践，即法庭与国际法院一样，即使没有被正式要求这样做，也会引用自己的判例法。这种模式在涉及船只的迅速释放的案件中尤为明显。这方面有一些例子，只列举了其中几个，秘书处的第二份备忘录中还提到了更多例子。

225. 第二个宽泛的模式为：国际海洋法法庭广泛咨询和使用其他法院和法庭的裁判，但不将其视为具有约束力的法律先例。在这种模式中引用了广泛的裁判和法律论据来源——从仲裁法庭的裁判到一些国家法院的裁判，再到国际法委员会的工作。说服力辅助手段的主要来源，特别是在早期，来自国际法院。考虑到管辖重叠的程度，这是合理的。在许多情况下，使用了其他法院的司法裁判和材料，却没有明确提及其先例价值或遵循这一实践的理由。另一方面，除了在更广泛的维护国际法适用的国际法院网络中占据一席之地并建立自身的

<sup>317</sup> “恩里卡·莱克西”号案(意大利诉印度)，临时措施，2015年8月24日命令，《2015年国际海洋法法庭案例汇编》，第182页起，见第204页，第133段(援引“赛加号”案(第2号)(见前脚注，第155段)。

<sup>318</sup> “弗吉尼亚 G”号案(巴拿马/几内亚比绍)，判决，《2014年国际海洋法法庭案例汇编》，第4页起，见第67和68页，第212和213段。

<sup>319</sup> 乌拉圭河纸浆厂案(阿根廷诉乌拉圭)，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第14页起，见第55、56和71页，第101和164段。

<sup>320</sup> “国家对区域内活动的责任和义务”(见上文脚注312)，第57段。

<sup>321</sup> 孟加拉湾海洋边界划定案(见上文脚注299)，第226段。

合法性之外，不言而喻的是，确保法庭裁判与其他国际性法院和法庭裁判之间保持一定程度的一致性，可以更好地实现法律安全与稳定以及各国的合法预期。

## I. 拟议结论草案

226. 上述分析展示了两个国际法庭如何正式和非正式地处理具有约束力的先例这一理论，在此基础上，特别报告员提出以下结论草案：

### 结论草案 7

#### 国际法没有先例规则

国际性法院或法庭在解决国家或国际组织之间的争端或发表咨询意见时，通常不把自己或其他法院和法庭先前的决定作为具有法律约束力的先例。

### 结论草案 8

#### 其他法院或法庭的决定的说服价值

国际性法院或法庭在解决国家或国际组织之间的争端或发表咨询意见时，如其本身或其他国际性法院或法庭以往关于法律问题的决定涉及类似的事实和法律问题并被认为对解决当前的问题具有说服力，则可在法律上沿袭这些决定。

## 五. 该专题的未来工作方案

227. 如第一次报告所述，并随后得到国际法委员会的支持，特别报告员将在定于 2025 年提交的第三次报告中分析学说和其他辅助手段。在本报告中，特别报告员将着重讨论私营和公共(或国家授权的)机构以及区域和其他编纂机构的工作作为确定国际法规则的辅助手段所发挥的作用。

228. 尽管如此，考虑到国际法委员会和第六委员会各自在 2023 年进行的辩论，以及将本报告限于司法裁判的个别问题的决定，特别报告员认为，关于司法裁判和其他裁判以及本专题的其他方面，可能值得在今后的报告中进一步探讨。本报告前面已指出这些方面的问题。因此，根据国际法委员会第七十五届会议期间取得的进展，包括全会辩论的结果和起草委员会的工作，特别报告员可考虑对暂定工作方案提出调整建议。任何此类调整，包括可能在下一次或今后的报告中对司法裁判各个方面的进一步阐述，都将适当知会国际法委员会和第六委员会。

## 附件一

## 国际法委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案

## 结论 1

## 范围

本结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则。

## 结论 2

## 确定国际法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) 法院和法庭的决定；
- (b) 学说；
- (c) 一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段。

## 结论 3

## 确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准

在评估确定国际法规则的辅助手段的分量时，除其他外，应当考虑到：

- (a) 其代表性的程度；
- (b) 论证的质量；
- (c) 有关人员的专门知识；
- (d) 有关人员之间的一致程度；
- (e) 各国和其他实体的接受情况；
- (f) 在适用的情况下，赋予该机构的任务。

## 附件二

### 起草委员会在国际法委员会第七十四届会议期间暂时通过的结论草案

#### 结论草案 4

##### 法院和法庭的决定

1. 国际性法院和法庭的决定，特别是国际法院的决定，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。
2. 在某些情况下，国家法院的决定可用作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

学说，特别是那些普遍反映来自世界各法律制度和各区域的具有国际法专业能力的人的一致观点的学说，是确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。在评估学说的代表性时，除其他外，应当适当考虑到性别和语言多样性。

## 附件三

### 本报告提出的结论草案

#### 结论草案 6

##### 辅助手段的性质和作用

- (a) 辅助手段相对于条约、习惯国际法和一般法律原则中的国际法渊源而言是辅助性的。
- (b) 辅助手段主要是在识别、解释和适用源自国际法渊源的国际法规则时使用。

#### 结论草案 7

##### 国际法没有先例规则

国际性法院或法庭在解决国家或国际组织之间的争端或发表咨询意见时，通常不把自己或其他法院和法庭先前的决定作为具有法律约束力的先例。

#### 结论草案 8

##### 法院和法庭的决定的说服价值

国际性法院或法庭在解决国家或国际组织之间的争端或发表咨询意见时，如其本身或其他国际性法院或法庭以往关于法律问题的决定涉及类似的事实和法律问题并被认为对解决当前的问题具有说服力，则可在法律上沿袭这些决定。