



国际法委员会

第七十六届会议

2025年4月14日至5月30日和

6月30日至7月31日，日内瓦

关于确定国际法规则的辅助手段的第三次报告

特别报告员查尔斯·切尔诺·贾洛*

* 特别报告员衷心感谢 Niccolò Ridi、Eirik Bjorge 和 Klyde Bedford 为本报告部分内容的研究提供的协助。他对所有的意见和错误承担责任。



目录

	页次
一. 导言.....	4
A. 本专题列入工作方案.....	4
B. 第三次报告的目的和结构.....	5
二. 本专题先前的审议情况.....	7
A. 特别报告员的第二次报告和第二次全会辩论.....	7
B. 联大第六委员会的辩论.....	8
C. 辩论中所出现问题的处理办法和前进方向.....	16
三. 学说.....	18
A. 关于学说的以往讨论.....	18
B. 学说在确定国际法规则方面的意义和地位.....	18
C. 对学说进行分类和评估其权重.....	20
D. 拟议结论草案 9——私人专家组的产出.....	28
E. 私人专家机构产出权重的一般评估标准.....	30
四. 国家设立或国家授权的专家机构的工作成果.....	30
A. 委员会的工作成果是辅助手段.....	31
B. 人权条约机构的工作是辅助手段.....	35
C. 红十字国际委员会：自成一类？.....	37
D. 拟议结论草案 10——公共专家机构的声明.....	39
五. 国际组织和政府间会议的决议.....	40
A. 国际组织的决议在委员会工作中的地位.....	41
B. 国际组织决议的法律意义及其作为辅助手段潜在作用.....	43
C. 使用辅助手段的区别.....	44
D. 评估决议的权重.....	47
E. 拟议结论草案 11——国际组织的决议.....	48
六. 国际法的统一性和一致性问题.....	49
A. 以往关于统一性和一致性的讨论.....	49
B. 界定冲突和不成体系问题.....	50
C. 国际法不成体系问题工作组的工作.....	50
D. 促进法院和法庭决定的一致性.....	53
E. 相互冲突的决定引起不成体系的风险.....	54

F.	国际法院对国际法统一性和一致性的促进作用.....	63
G.	拟议结论草案 12——法院和法庭决定的一致性.....	71
七.	确定法律规则的“辅助手段”与“补充解释手段”之间的关系.....	72
A.	本专题迄今为止与确定过程有关的工作.....	73
B.	问题简述及相关规定.....	79
C.	将辅助手段用作解释工具的限制因素.....	80
D.	补充手段.....	83
E.	对使用补充手段的限制.....	85
F.	法院和法庭在补充手段方面的实践.....	89
G.	拟议结论草案 13——与补充手段的关系.....	99
八.	结论草案的结构.....	100
九.	未来工作方案.....	101
附件		
一.	委员会迄今为止暂时通过的结论草案.....	103
二.	特别报告员第三次报告提出的结论草案.....	105
三.	建议一读的结论草案的拟议结构.....	106

一. 导言

A. 本专题列入工作方案

1. 国际法委员会 2021 年第七十二届会议决定将“确定国际法规则的辅助手段”专题列入其长期工作方案。¹ 联大 2021 年第七十六届会议通过了第 76/111 号决议，² 其中联大表示注意到该专题被纳入长期工作方案。³
2. 在 2022 年第七十三届会议上，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，委员会决定将本专题移至当前工作方案，⁴ 并任命查尔斯·切尔诺·贾洛先生为本专题特别报告员。⁵
3. 委员会在同一届会议上还请各国提供关于国家实践的资料，⁶ 并请秘书处提供两份备忘录，分别于随后的 2023 年和 2024 年会议期间提交。⁷
4. 在联大第七十七届会议(2022 年)第六委员会辩论期间，各国对委员会决定审查辅助手段专题表示欢迎。联大 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。⁸ 联大还提请各国政府注意就国际法委员会议程上各专题提出意见，包括就确定国际法规则的辅助手段专题提出意见。⁹
5. 对此，荷兰王国、¹⁰ 塞拉利昂¹¹ 和美利坚合众国、¹² 于 2023 年提交了关于其在辅助手段方面的国家实践的资料。此后，2024 年收到了爱尔兰、¹³ 大韩民国¹⁴ 和大不列颠及北爱尔兰联合王国¹⁵ 提交的资料。
6. 在 2023 年第七十四届会议上，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。第一次报告试图全面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，论述了以实践为基础的方法问题、辅助手段的理论基础和性质及其与国际法渊源的关系，分析了

¹ 《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。

² 联大 2021 年 12 月 9 日第 76/111 号决议，第 7 段。

³ 同上。

⁴ A/CN.4/SR.3583，第 8 页。

⁵ 同上。

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

⁷ 同上，第 245 段。

⁸ 联大 2022 年 12 月 7 日第 77/103 号决议，第 7 段。

⁹ 同上，第 5 段。

¹⁰ 荷兰王国提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料(2023 年 1 月 13 日)，同上。

¹¹ 塞拉利昂提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料(2023 年 1 月 18 日)，同上。

¹² 美国提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料(2023 年 1 月 12 日)，可在委员会网站 https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml#govcoms 本专题分析指南下查阅。

¹³ 爱尔兰提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料(2024 年 3 月 5 日)，同上。特别报告员对爱尔兰代表团就这一专题提交的重要资料及其附件深表感谢。

¹⁴ 大韩民国提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料，同上。

¹⁵ 联合王国提交的关于确定国际法规则的辅助手段的资料(2024 年 2 月 1 日)，同上。

《国际法院规约》第三十八条的案文和起草历史，并提出了该专题的范围，提出成果采取结论的形式，附有评注和多语种文献目录，还提出了一项暂定工作方案。¹⁶ 除第一次报告外，委员会还审议了秘书处关于委员会以往工作中可能与本专题特别相关的内容的第一份备忘录。¹⁷

7. 所有 34 名委员几乎都参加的内容丰富的第一次全体辩论，随后委员会将特别报告员在其第一次报告中提出的所有五项结论转交起草委员会。委员会随后通过了结论草案 1(范围)及其评注；结论草案 2(确定国际法规则的辅助手段的类别)及其评注；结论草案 3(确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准)及其评注。委员会只注意到起草委员会暂时通过的结论草案 4(法院和法庭的决定)和 5(学说)，因为起草委员会在 2023 年届会的后半部分才审议了这些结论，没有留出足够的时间翻译其评注。¹⁸

8. 委员会在 2024 年第七十五届会议期间审议了特别报告员的第二次报告。¹⁹ 该报告提出了三项结论草案，下文将作进一步概述。在就这一专题进行全体辩论并将第二次报告提出的所有三项结论草案转交起草委员会之后，委员会通过了三项结论草案及其评注，这些结论草案分别涉及辅助手段的性质和作用(结论草案 6)；在国际法中没有具法律约束力的先例(结论草案 7)以及法院和法庭决定的权重(结论草案 8)。委员会还在 2024 年届会上通过了经口头订正的关于法院和法庭的决定和学说的两项结论草案，这两项草案在 2023 年届会上因评注未以所有语文提供而暂未通过。

B. 第三次报告的目的和结构

9. 特别报告员在之前的报告中指出并已得到委员会提交第六委员会的工作方案的批准，²⁰ 其第三次报告将分析学说和确定国际法规则的其他辅助手段。²¹ 在先前审查过的各种可能的辅助手段中，考虑到目前实践状况，建议特别报告员将本报告的重点缩小到两个方面，这两个方面以委员会以前专题的工作为基础，即公共和私人专家机构的工作及某些国际组织的决议或决定。因此，这两项内容是本报告的重点。

10. 本报告还将述及委员会先前辩论期间及各国评论中提出的各类其他问题，特别是国际法的统一性与一致性问题(通常被称为不成体系问题)，以及辅助手段与条约法中的补充解释手段之间的关系问题。根据本专题的工作方案，本报告力求完成特别报告员提出的整套结论草案。因此，本报告的目标是为委员会在 2025 年完成本专题一读奠定基础。

¹⁶ [A/CN.4/760](#).

¹⁷ [A/CN.4/759](#).

¹⁸ 《大会正式记录，第七十八届会议，补编第 10 号》(A/78/10)，第七章；另见 [A/CN.4/L.985](#) 和 [A/CN.4/L.985/Add.1](#)。

¹⁹ 《大会正式记录，第七十九届会议，补编第 10 号》(A/79/10)，第五章；另见 [A/CN.4/760](#)。

²⁰ [A/78/10](#)，第 261 段。

²¹ 同上，第 82 和 91 段。

11. 除本导言章节外，本报告结构上共包含八章。在第二章中，特别报告员将依照惯例讨论本专题迄今已开展的工作。他将概述 2024 年委员会第七十五届会议和第六委员会第七十九届会议期间就第二次报告所述各问题开展的总体积极的讨论。

12. 在第三章中，特别报告员将简要审查作为植根于《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的一类辅助手段的学说。该类别的内容将根据实践进行审查。此后，他将审查在确定国际法规则的过程中赋予学说的权重的剩余问题。²² 他建议委员会考虑在结论草案 5 中增加一个新的分段，述及学说的权重。本章的结论部分提出了一项关于私人专家机构产出的结论草案。

13. 在第四章中，特别报告员研究由国家设立或授权的执行特定任务的若干专家机构的工作成果。在这一章中，他讨论了这些机构最常见的产出类型，以确定它们在实践中如何被用作确定国际法规则的辅助手段。本章最后提出了关于公共专家机构声明的结论草案。

14. 在第五章中，考虑到委员会先前在最近几个专题中的工作，报告将审查作为确定国际法规则辅助手段的国际组织或政府间会议的决议。本章最后提出了一项结论草案，按照委员会之前在 2023 年第七十四届会议期间通过的一般标准，阐述决议作为辅助手段的使用及其权重问题。

15. 接下来的两个章节将讨论两个未决问题，这两个问题与一般的辅助手段关系不大，而与作为辅助手段的一个子类的司法决定和其他决定关系更大。第六章涉及不成体系的风险或国际法一致性和统一性问题：这是第一次报告提到过的一个问题。在第七章中，特别报告员将审议《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项中的辅助手段与《维也纳条约法公约》(1969 年《维也纳公约》)²³ 第三十二条中的补充解释手段之间的关系问题。他提出了两项结论草案，分别涉及法院和法庭决定的一致性以及辅助手段与补充解释手段之间的关系。

16. 如上所述，本报告力求为委员会在 2025 年完成关于这一专题的一读奠定基础。因此，本报告也提供了一个机会，可以后退一步思考，重新评估委员会暂时通过的整套结论草案，以及迄今收到的各国对这些结论草案的评论，以期增强其整体一致性。²⁴ 为此，特别报告员充分考虑到委员会各位委员和第六委员会各代表团的主要建议，提出了结论草案的结构方案，本章将就此进行解释(另见第八章)。

17. 在第九章中，特别报告员讨论了该专题的未来工作方案。预计关于这一专题的一读将于 2025 年完成，考虑到通常给予各国政府和观察员一年时间就委员会专题提出书面意见，二读将于 2027 年进行。

18. 为方便起见，委员会迄今为止暂时通过的结论草案附在本报告之后(附件一)。其后是特别报告员在本报告中提出的五项新的结论草案(附件二)。附件三列出了建议对将一读通过的结论草案进行的划分，分为几个部分。

²² A/CN.4/760, 第 389 段。

²³ 《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。

²⁴ A/78/10, 第 261 段。

19. 最后，根据委员会的工作计划，特别报告员将分发关于辅助手段专题的第一版多语种文献目录。他回顾说，他在 2023 年的第一次报告²⁵ 中以及之后，²⁶ 都曾邀请委员会委员和第六委员会的代表推荐适合列入文献目录的相关第一手和第二手材料，以便作为今后研究这一专题的人员的出发点。他感谢委员会委员提出建议，包括提及除英文外的联合国其他正式语文编写的材料。²⁷

20. 在这方面，由于有大量关于辅助手段的文献，特别报告员建议主要根据著作的质量和对于世界主要法律体系、区域和语文的代表性选择列入文献目录。秘书处将在适当时候作为本报告的增编印发第一版文献目录，其中将反映出这一方法。

二. 本专题先前的审议情况

A. 特别报告员的第二次报告和第二次全会辩论

21. 特别报告员在第二次报告中论述了三个关键的实质性问题。首先，他审查了辅助手段的性质和一般作用，他回顾说，它们不同于《国际法院规约》第三十八条第一款(子)项至(寅)项中的国际法渊源，并从属于这些渊源。它们的主要作用是协助国际法渊源。这一结论得到《规约》第三十八条第一款(卯)项的案文和起草历史的支持，并在国际法院和其他国际性法院和法庭的实际实践、国内法院的实践以及学者的著作中得到确认。还有人指出，除了一般作用之外，某些辅助手段可能发挥更具体的作用，可以成为作为国际法主体的国家和国际组织的权利和义务的独立依据。

22. 特别报告员还处理了国家和国际裁决先例的一般性质。他首先根据对这一术语的普通理解和对这一术语的更为技术性/法律性的理解，界定了先例的概念，将两者区分为反映了狭义的方法和广义的方法。为了进行比较，他随后审查了普通法和大陆法法系中对先例的处理方法，然后审查国际法的独特处理方法。他指出，国际法已经形成了自己独特的体系，这种体系既不是普通法，也不是大陆法，但总体上运行良好。作为这种情况的一部分，虽然国际法中没有技术/狭义上的先例的正式理论或学说，但国际法院、国际海洋法法庭和其他国际性法院和法庭遵循先前的决定和判决的推理，特别是在没有理由偏离可能仍然被视为合理的先前法律推理的情况下。

23. 作为第三个实质性问题，第二次报告还审查了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项和第五十九条作出的限制性规定之间的关系，第五十九条规定法院的决定只对案件当事方有约束力，从而限制了司法决定作为辅助手段的使用；第五十九条、关于修改判决的第六十一条和关于在涉及法律性质利益的案件中寻求参加诉讼的选择的第六十二条之间的联系；法院和法庭的实践，特别是国际法院和国际海洋法法庭的实践。他的结论是，虽然国际法中没有“遵循先例”的规定，但国际法院的决定作为国际法规则的体现，其法律效力不仅对当事方具有制

²⁵ A/CN.4/760, 第 68 段。

²⁶ 此外，2024 年 12 月，特别报告员通过第六委员会秘书处和委员会进一步请各国和委员会委员为文献目录提供投入。

²⁷ 衷心感谢马蒂亚斯·福尔托、乔治·加林多、马里奥·奥亚萨瓦尔和比马尔·帕特尔。

约作用，也能被第三方感知。由于法律确定性、可预测性以及先前的决定在帮助解决后来的争端方面的说服价值和实用价值，先前的决定经常被各国政府援引，被各法院遵循。

24. 特别报告员就辅助手段的性质和作用(结论草案 6)、国际法中没有先例规则(结论草案 7)、法院和法庭决定的说服价值(结论草案 8)提出了三项结论草案。

25. 委员会委员欢迎特别报告员全面的第二次报告。他们同意辅助手段不是国际法渊源。他们还同意，一般而言，国际法中没有具有约束力的先例制度。然而，他们也承认，出于法律确定性和可预测性等原因，司法决定中的推理通常会得到遵循，法律确定性和可预测性是一切基于法治的法律制度的精髓。特别报告员在其报告中不仅提到辅助手段的一般作用，而且提到一种或另一种辅助手段可能具有的具体功能，一些委员要求就此作出澄清。一些委员对后一种说法持谨慎态度。²⁸

26. 经全体会议辩论后，委员会将第二次报告中提出的结论草案 6 至 8 转交起草委员会。审议后通过了这三项单独的结论。第七十五届会议快结束时，委员会审议了起草委员会的报告，²⁹ 暂时通过了结论草案 6、7 和 8 及其评注。³⁰

27. 关于结论草案 6 “辅助手段的性质和作用”，起草委员会指出，辅助手段不是国际法渊源；认为它们在确定国际法律规则的存在和内容时具有辅助作用；并澄清说这并不妨碍它们作为材料用于其他目的。特别报告员建议在 2025 年一读阶段重新审议关于作用的结论草案 6 的位置，这一建议得到委员会的赞同。

28. 关于结论草案 7 “国际法中没有具法律约束力的先例”，起草委员会在第一句拟定了一项一般规则，规定在国际性法院或法庭的决定涉及相同或相似问题的情况下，可在法律要点上遵循这些决定。第二句陈述了一般规则的例外情况，在这种例外情况，此类决定不构成具有法律约束力的先例，除非具体文书或其他国际法规则有所规定。

29. 关于结论草案 8，起草委员会采用了三个因素来评估决定的权重。除其他外，评估需要确定法院或法庭是否拥有具体权限，所讨论的决定是一项单独决定还是更广泛的一系列此类决定的一部分，以及推理是否因后续事态发展而不适用。这些评估法院和法庭决定权重的非详尽标准是对结论草案 3 中一般标准的补充。

B. 联大第六委员会的辩论

1. 对该主题的评价总体上是积极的

30. 在第六委员会就国际法委员会 2024 第七十五届会议工作报告进行辩论期间，81 个国家(包括丹麦所代表的北欧国家)、欧洲联盟(作为观察员，也代表候选国即阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、黑山、摩尔多瓦共和国、塞尔维亚和乌克兰发言)和另外三个观察员(罗马教廷、巴勒斯坦国和亚非法律协商组织)，

²⁸ 见 A/79/10 号文件所载辩论摘要，第 20 至 23 段。

²⁹ A/CN.4/L.999.

³⁰ 见 A/79/10，第 24 段。

具体讨论了委员会第七十五届会议工作报告涉及确定国际法规则的辅助手段的第五章。³¹ 这表明参与该专题辩论的国家数量大幅增加，特别报告员对此表示欢迎。

31. 许多参加辩论的国家赞扬委员会在第七十五届会议期间在该专题上取得的重大进展。几个代表团赞扬特别报告员第二次报告的严谨，同时也表示大力支持委员会和特别报告员迄今为止处理该专题的方法。³² 发言者总体上欢迎委员会继续就这一专题开展工作，同时强调这一专题的重要性，特别是因为其与国际法渊源的密切关系和互动。

32. 与此同时，一些代表团对一些暂时通过的结论草案或其评注持谨慎态度，或要求作出澄清。大多数代表团重申强烈支持采用结论草案这种产出形式。

33. 只有一个代表团表达了不同的意见。³³ 尽管如此，鉴于委员会在这一点上的决定及其在研究《国际法院规约》第三十八条方面的既定做法，特别报告员认为没有理由偏离编写最后结论作为这一专题工作产出的决定。他希望表示不同意见、提及对产出的形式持开放态度的一个代表团加入关于编写一套附有评注的结论的委员会决定的协商一致和压倒性多数支持。

2. 对结论草案 6 至 8 的评论

34. 各代表团还对每项暂时通过的结论草案的案文提出了具体意见，几个代表团还对评注提出了一些有益建议。特别报告员发现，各代表团对结论草案 4 和 5 的评论虽然有一些新的内容，但与它们 2023 年的评论大体上相似。³⁴ 因此，尽管他可以向每一个提出评论的国家保证，他已经仔细研究并在其工作的实质内容中考虑了它们以前的和新的评论，但他此处摘要的重点是就结论草案 6 至 8 提出的意见。

35. 关于这些具体结论，特别报告员认为，不妨回顾，结论草案 6 分两段中论述了辅助手段的性质和作用。³⁵ 第一段表明，辅助手段不是国际法渊源，其作用

³¹ 除欧洲联盟和外，在第六委员会辩论期间就该专题发言的代表团完整清单如下：阿尔及利亚、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、巴西、喀麦隆、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、克罗地亚、古巴、捷克共和国、丹麦(代表北欧国家)、厄瓜多尔、埃及、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、黎巴嫩、马来西亚、墨西哥、密克罗尼西亚联邦、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、斯里兰卡、泰国、土耳其、乌干达、联合王国、美国 and 越南以及罗马教廷、巴勒斯坦国、亚非法律协商组织和欧洲联盟。

³² 例如，见白俄罗斯(A/C.6/79/SR.26)(认为结论草案“反映了对辅助手段的法律性质及其在确定国际法规则的存在和内容方面的作用的全面分析”)；另见澳大利亚(同上)(重申委员会工作的价值，并承认“自 2021 年将该专题列入工作方案以来，在该专题方面取得了重大进展”)；美利坚合众国的发言(同上)(重申支持辅助手段这一“重要专题”)。

³³ 见联合王国(A/C.6/78/SR.31, 第 35 段)(建议委员会“对其最后产出的形式保持开放的态度”)。

³⁴ 特别报告员指出，虽然委员会当时尚未正式通过结论草案 4 和 5 的案文，而是留待 2024 年才正式通过，以便有时间将其评注译为联合国正式语文，但案文已列入委员会 2023 年提交联大的报告(A/78/10, 第 65 段，脚注 215)。为此，一些国家已经有机会对案文发表意见。关于结论草案 4 和 5 的辩论摘要已经列入特别报告员的第二次报告(见 A/CN.4/769, 第 51-56 段)。

³⁵ 见委员会第七十五届会议暂时通过的结论草案 6 的评注，A/79/10, 第 75 段，第 41-43 页。

是协助确定国际法规则的存在及其内容。³⁶ 第二段旨在强调不同材料的种种功能，以表明在考虑这些材料实际上是否应被用作辅助手段时确定这些功能的重要性。³⁷ 该段设想对国内法院的决定等既可作为习惯国际法的辅助手段又可作为习惯国际法的证据的材料进行必要的区分，以便恰当地将其用于预期目的。³⁸

36. 许多代表团表示支持结论草案 6。具体而言，绝大多数国家同意区分国际法渊源和辅助手段至关重要，并表示支持将与此相关的案文纳入结论草案。这些国家包括爱沙尼亚、以色列、墨西哥、荷兰王国、菲律宾、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、塞拉利昂和泰国。³⁹ 例如，罗马尼亚认为结论草案 6 “简洁、适当和明确地阐述了” 辅助手段的作用。⁴⁰ 爱沙尼亚和斯洛文尼亚都表示同意结论草案 6 的否定表述。⁴¹

37. 黎巴嫩认为，结论草案 6 第 1 段澄清了“辅助手段的性质和作用”，表明其作用“是协助确定国际法规则的存在和内容”。⁴² 墨西哥赞扬“努力纳入委员会先前关于国际法主要渊源的工作的推理”，……从而能够“全面分析辅助手段的性质和补充作用”。⁴³ 阿尔及利亚表示支持结论草案的内容，该草案澄清了相对于国际法渊源而言，辅助手段在确定国际法规则方面的作用。⁴⁴

38. 许多代表团虽然总体上同意结论草案 6 的内容，但建议重新考虑其位置，正如委员会本身曾根据特别报告员的建议所决定的那样。然而，在该结论的适当位置上，意见分歧较多。法国、⁴⁵ 爱尔兰、⁴⁶ 荷兰王国⁴⁷ 和欧洲联盟⁴⁸ 都建议将其作为新的结论草案 3，因为它们认为这项结论草案与结论草案 2(辅助手段的类别)有着内在联系。

39. 另一方面，大韩民国建议结论草案 6 应紧随结论草案 1 之后，⁴⁹ 而智利则建议将其放在结论草案 4 之前，因为智利认为该项结论草案的一般性质使其适用于阐述不同类型的辅助手段的后续案文。⁵⁰ 智利认为，结论草案 4、5 和 6 之间可

³⁶ 第 41-42 页，同上，第(2)-(5)段。

³⁷ 第 42-43 页，同上，第(6)-(8)段。

³⁸ 同上。

³⁹ 见爱沙尼亚(A/C.6/79/SR.27)、以色列(A/C.6/79/SR.26)、墨西哥(A/C.6/79/SR.27)、荷兰王国(A/C.6/79/SR.26)、菲律宾(同上)、葡萄牙(同上)、罗马尼亚(同上)，俄罗斯联邦(A/C.6/79/SR.27)和泰国(同上)。

⁴⁰ 见罗马尼亚(A/C.6/79/SR.26)。

⁴¹ 见爱沙尼亚(A/C.6/79/SR.27)和斯洛文尼亚(A/C.6/79/SR.25)。

⁴² 见黎巴嫩(A/C.6/79/SR.28)。

⁴³ 见墨西哥(A/C.6/79/SR.27)。

⁴⁴ 见阿尔及利亚(A/C.6/79/SR.28)。

⁴⁵ 见法国(A/C.6/79/SR.26)。

⁴⁶ 见爱尔兰(同上)。

⁴⁷ 见荷兰王国(同上)。

⁴⁸ 见欧洲联盟(以观察员身份发言的欧洲联盟代表)(A/C.6/79/SR.25)。

⁴⁹ 见大韩民国(A/C.6/79/SR.26)。

⁵⁰ 见智利(A/C.6/79/SR.27)。

能有一些不必要的重复，建议将结论草案 6 上移，作为新的结论草案 4，“考虑到目前的结论草案 6 是一般性的，既适用于司法决定，也适用于学说，而目前的结论草案 4 和 5 分别阐述每一种手段”。⁵¹ 虽然没有就其位置达成共识，但这些建议表明，有看法认为关于辅助手段作用的规定的描述性和一般性使得有理由将其放在结论草案的开头。

40. 作为对委员会应采纳其中哪些深思熟虑的建议这一问题的回应，特别报告员将在本报告的后一部分提出他关于重新考虑结论草案的结构建议。他基本上同意委员会大多数代表团和委员的意见，即从逻辑上讲，关于辅助手段性质和作用的规定应放在目前的结论草案 2 之后。

41. 一些代表团还要求对一些评注进行澄清。欧洲联盟鼓励委员会在其评注中进一步澄清辅助手段与国际法渊源之间的区别，强调辅助手段的作用是协助解释、适用和发展国际法主体所表达的意愿。⁵² 特别报告员同意并将在适当时候提出这方面的建议。

42. 巴西要求对结论草案 6 第 2 段作出澄清，着重指出了辅助手段将用于哪些其他目的方面的不确定性。⁵³ 马来西亚同样指出，在第 2 段中使用“材料”一词“可能会对这些辅助手段的范围或类别造成不确定性和模糊性”。⁵⁴ 美国同意这一批评意见，认为这一“不妨碍”条款要么是不必要的，要么需要“一些范围”，因为如果没有一些限制，该项结论草案可能会与不应使用辅助手段来填补国际法空白的原则相矛盾。⁵⁵ 古巴、埃及、匈牙利和新加坡还要求进一步澄清“其他手段”这一类别的内容，⁵⁶ 新加坡告诫不应“不适当地扩大”这一类别，使其超出“目前被广泛接受的”范围。⁵⁷

43. 埃及虽然同意有必要解释辅助手段的其他用途并赞同结论草案的第一部分，但对结论草案 6 的第二段显然表示了更严重的关切。⁵⁸ 埃及认为，现有案文可以被解读为，除了不能制定具有约束力的规则之外，辅助手段和参与适用这些手段的行为体“与国家一样有权适用和解释条约，并确定习惯国际法规则”。⁵⁹ 特别报告员理解这种关切，但不同意这种解释，这种解释与阅读委员会迄今为止暂时通过的整个案文和评注相矛盾。此外，虽然国家当然是国际法的主要行为体，但国际性法院和法庭也负有协助解释它们根据条约和习惯国际法承担的义务的任务。

44. 各代表团还普遍欢迎结论草案 7，该结论草案确认了一般规则，即在国际法中，国际性法院或法庭没有具有法律约束力的先例制度。然而，尽管存在这一现

⁵¹ 见智利(A/C.6/79/SR.27)。

⁵² 见欧洲联盟(A/C.6/79/SR.25)。

⁵³ 见巴西(同上)。

⁵⁴ 见马来西亚(A/C.6/79/SR.27)。

⁵⁵ 见美国(A/C.6/79/SR.26)。

⁵⁶ 见古巴(A/C.6/79/SR.26)、埃及(A/C.6/79/SR.27)、匈牙利(A/C.6/79/SR.26)和新加坡(同上)。

⁵⁷ 见新加坡(A/C.6/79/SR.26)。

⁵⁸ 见埃及(A/C.6/79/SR.27)。

⁵⁹ 同上。

实，国际性法院经常参考其他法院和法庭的推理，以维护法律保障、稳定性和一致性，尽管它们当然一般没有义务这样做。⁶⁰ 如案文所示，在援引其他法院和法庭时，通常的理解是，一个案件必须处理与手头事项相同或相似的问题。⁶¹ 除其他适用条约外，《国际法院规约》第五十九条也被隐含提及，因为该条为以下原则奠定了基础，即国际性法院的任何决定对该机构审理的案件的当事方以外的国家无法律约束力。⁶²

45. 绝大多数代表团同意纳入结论草案 7 和其中所述基本原则。许多代表团也对委员会通过的结论的措辞表示满意，这些代表团是：阿尔及利亚、丹麦(代表北欧国家)、爱沙尼亚、危地马拉、伊朗伊斯兰共和国、马来西亚、墨西哥、菲律宾、葡萄牙、罗马尼亚、俄罗斯联邦、泰国和联合王国。⁶³

46. 一些代表要求⁶⁴ 提供更多国际实践的例子，以便纳入结论草案 7。爱尔兰表示希望委员会进一步阐述“国际性法院和法庭可能遵循或背离以往判例的情况”。⁶⁵ 埃及支持纳入结论草案 7，并支持所界定的原则，但认为结论草案 7 和 8 一并解读可能会产生“事实上的遵循先例规则，或为不必要的司法能动主义敞开大门”。⁶⁶ 埃及要求提供援引国际法院和法庭的国家实践的更多具体例子，以更好地界定案文中的“情况”。⁶⁷ 美国同样要求进一步解释“可能的情况，例如什么构成‘相同或相似的问题’”。⁶⁸ 大韩民国还要求提供更多例子，说明根据国际法例外适用遵循先例的情况。⁶⁹ 塞拉利昂支持委员会评注中提供的例子，包括提及东非法院，并建议在今后修订的评注中增加西非国家经济共同体法院的相关例子。⁷⁰

47. 奥地利、巴西和美国都对结论草案 7 的结构提出了类似的建议。奥地利认为，其解释违反直觉，标题表明遵循先例的重要性，但其后的语言以相反的观点开始，即尽管没有先例，但在某些情况下可能会遵循决定。⁷¹ 为处理它们的关

⁶⁰ 见委员会第七十五届会议暂时通过的结论草案 7 的评注，A/79/10，第 75 段，见第 43-47 页。

⁶¹ 第(1)-(2)段，同上，见第 43 页。

⁶² 同上；另见《国际法院规约》第五十九条。

⁶³ 见阿尔及利亚(A/C.6/79/SR.28)、丹麦代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)(A/C.6/79/SR.25)、爱沙尼亚(A/C.6/79/SR.27)、危地马拉(A/C.6/79/SR.26)、伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/79/SR.27)、马来西亚(同上)、墨西哥(同上)、菲律宾(A/C.6/79/SR.26)、葡萄牙(同上)、罗马尼亚(同上)、俄罗斯联邦(A/C.6/79/SR.27)、泰国(A/C.6/79/SR.26)和大不列颠及北爱尔兰联合王国(A/C.6/79/SR.27)。

⁶⁴ 除了具体提到的评论外，见欧洲联盟(A/C.6/79/SR.25)(指出欧洲联盟法院及其作出具有约束力的决定的权限)；巴西(同上)(指出国际法中没有遵循先例的规定，可在评注中进一步阐述)。

⁶⁵ 见爱尔兰(A/C.6/79/SR.26)。

⁶⁶ 见埃及(A/C.6/79/SR.27)。

⁶⁷ 同上。

⁶⁸ 见美国(A/C.6/79/SR.26)。

⁶⁹ 见大韩民国(同上)。

⁷⁰ 见塞拉利昂(A/C.6/79/SR.27)。

⁷¹ 见奥地利(A/C.6/79/SR.25)。

切，奥地利建议采用两段式结构，第一段旨在阐述不存在有约束力的先例的一般规则，第二段阐述可据以遵循决定的标准。⁷²

48. 美国建议，“更清楚的做法是，在结论草案的开头提及关于不存在具有法律约束力的先例的一般规则及其例外情况，然后”进行解释，在某些情况下可以考虑“这种决定的法律推理或法律结论”。⁷³

49. 巴西也暗示了类似的调整，建议“根据标题，重新起草条款，说明国际性法院或法庭的决定不构成具有法律约束力的先例”。⁷⁴这与奥地利和美国关于首先概述基本原则的建议相吻合。

50. 一些代表团似乎对结论草案 7 持谨慎态度。具体而言，哥伦比亚对整个结论带来的“增加值”表示不确定，⁷⁵哥伦比亚认为，该项结论草案只是反映了《国际法院规约》第三十八条的内容。波兰认为，结论草案 7 与结论草案 4 相矛盾，因为后者承认国内法院决定的重要性，但前者“仅提到在法律要点上应遵循国际性法院或法庭的决定”。⁷⁶

51. 特别报告员认为结论草案 7 足够清楚，尤其是在与评注一起阅读时。评论国要求的澄清可以在评注中提出，而不必重新讨论结论草案 7，该草案是委员会通过的折衷案文。

52. 特别报告员回顾，委员会暂时通过了结论草案 8，其中规定了更具体的标准，以协助那些试图利用法院和法庭决定作为辅助手段的人“确定国际法规则的存在和内容”。⁷⁷结论草案 3 规定了评估辅助手段权重的一般标准，在此基础上，结论草案 8 澄清了如何具体评估法院和法庭决定的权重。⁷⁸该标准旨在补充结论草案 3 所载的案文，并沿用了开头段落中的类似表述。尽管如此，该清单列出了委员会认为在评估法院和法庭决定的权重时特别相关的三个更具体的考虑因素。⁷⁹

53. 许多代表团，例如阿尔及利亚、澳大利亚、萨尔瓦多、以色列、日本、马来西亚、墨西哥、塞拉利昂、斯洛伐克和联合王国，⁸⁰欢迎纳入结论草案 8，并同意暂时通过的案文。澳大利亚赞扬委员会对结论草案 8 的结构和评注，特别赞扬后续事态发展在分析法院决定方面的相关性。⁸¹斯洛伐克指出，“虽然该项结论草案的措辞表面上可能会导致这样一种理解，即其中所载标准是对结论草案 3

⁷² 同上。

⁷³ 见美国(A/C.6/79/SR.26)。

⁷⁴ 见巴西(A/C.6/79/SR.25)。

⁷⁵ 见哥伦比亚(A/C.6/79/SR.27)。

⁷⁶ 见波兰(A/C.6/79/SR.25)。

⁷⁷ 见委员会第七十五届会议暂时通过的结论草案 8 的评注第(1)-(2)段，[A/79/10](#)，第 75 段，见第 48 页。

⁷⁸ 同上。

⁷⁹ 同上。

⁸⁰ 见斯洛伐克(A/C.6/79/SR.26)；另见阿尔及利亚(A/C.6/79/SR.28)、澳大利亚(A/C.6/79/SR.26)、以色列(同上)、日本(同上)、马来西亚(A/C.6/79/SR.27)、墨西哥(同上)和联合王国(同上)。

⁸¹ 见澳大利亚(A/C.6/79/SR.26)。

所载标准的补充，因此不同于结论草案 3 所载标准”，但当与评注一起阅读时，显然“结论草案 8 中的具体标准应与结论草案 3 中的一般标准一起阅读”。⁸²

54. 一些国家表示同意结论草案 8，但建议以其他方式重新拟订。斯洛文尼亚和泰国认为，由于与结论草案 3 关系密切，结论草案 8 应该要么紧接在结论草案 3 之后，要么一起阅读。⁸³ 新加坡寻求将起首部分中的“需”一词替换为“可”，以减少将这几个分段误解为强制性要素而非分析指南的可能性。⁸⁴

55. 一些代表团要求澄清结论草案 3 与结论草案 8 之间的关系。例如，哥伦比亚和希腊要求进一步解释这两项结论之间的关系，特别是要求确认哪项结论草案适用于法院和法庭的决定。⁸⁵ 还有人建议，结论草案中三项标准的措辞可以改进。奥地利对结论草案 8 中体现的额外标准是否有意义表示怀疑，认为两项结论草案之间的重大重叠使得额外标准的必要性存在疑问。⁸⁶ 斯洛文尼亚建议采用两项结论采用相似的标题，因为两处的行文相似。⁸⁷

56. 欧洲联盟认为，在评估决定的权重时，需要考虑到国内法院的级别，因为“并非所有法院的决定都一定具有同样的分量”。⁸⁸ 爱尔兰也建议列入关于“国内司法等级”的评注，强调有必要调查上诉实践。⁸⁹ 大韩民国还注意到“各国法律传统和制度的多样性”，建议需要“进一步澄清如何确保”作为辅助手段的“国内司法决定的代表性”。⁹⁰ 与欧洲联盟相似，伊朗伊斯兰共和国建议详细阐述“法院和法庭”一词，以回答一些关键问题，如“它们是如何建立的；它们的决定和管辖权是否具有约束力和强制性；它们是否解释或适用法律规则；以及它们的运作是否符合独立、公正和正当程序的原则”。⁹¹

57. 虽然大多数国家表示支持委员会的结论草案，但另一些代表团对结论草案 8 适用于人权条约机构等非司法机构的决定表示关切。部分原因似乎是它们不认为这些机构的决定是司法决定。还有一些代表团也不清楚第三类辅助手段包括什么。⁹² 中国认为，“因为人权条约机构不是司法机构，它们的决定不能用作确定国际法规则的辅助手段。”⁹³ 中国建议特别注意“人权条约机构和司法机构在各自的性质、任务和正当程序要求方面的差异”。⁹⁴

⁸² 见斯洛伐克(同上)。

⁸³ 见斯洛文尼亚(A/C.6/79/SR.25)和泰国(A/C.6/79/SR.26)。

⁸⁴ 见新加坡(A/C.6/79/SR.26)。

⁸⁵ 见哥伦比亚(A/C.6/79/SR.27)和希腊(同上)。

⁸⁶ 见奥地利(A/C.6/79/SR.25)。

⁸⁷ 见斯洛文尼亚(同上)。

⁸⁸ 见欧洲联盟(A/C.6/79/SR.25)。

⁸⁹ 见爱尔兰(A/C.6/79/SR.26)。

⁹⁰ 见大韩民国(同上)。

⁹¹ 见伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/79/SR.27)。

⁹² 见巴西(A/C.6/79/SR.25)。

⁹³ 见中国(A/C.6/79/SR.26)。

⁹⁴ 同上。

58. 美国就(b)分段以及决定是否是大量一致决定的一部分作了具体评论。⁹⁵ 美国代表团同意，一项或几项决定可能具有相当大的分量，但要求同样承认与此相反的情况也是可能的。⁹⁶ 具体而言，它们认为，“虽然一系列一致决定可能显示出一种模式，但这并不意味着它们是正确的，或者作为辅助手段应该得到更大的权重”。⁹⁷ 美国认为，如果不满足其他标准，采用结论草案 8 中的标准可能导致毫无根据地依赖不一定正确的类似决定模式。⁹⁸

59. 匈牙利则指出(b)分段中的标准与(c)分段中的标准之间“潜在的矛盾”，(b)分段中的标准提到一项决定在多大程度上是大量一致决定的一部分，(c)分段中的标准强调考虑到“后续事态发展，论证的相关性”。⁹⁹ 匈牙利强调了“考虑到后续事态发展”的重要性，强调国际机构正在承认环境法中不断发展的标准，因此创立了新的规范，“即使有关决定不是既定判例的一部分，也必须予以考虑，以确保国际法仍然能够适应不断变化的情况”。¹⁰⁰

60. 特别报告员指出，一些国家对结论草案 3 中辅助手段权重的一般评估标准与结论草案 8 中决定权重的具体评估标准之间的关系表示不确定。作为回应，强调两个关键点可能会有所帮助。

61. 首先，正如塞拉利昂和其他几个代表团正确指出的那样，结论草案本身的案文确实表明，除结论草案 3 所列标准之外“(强调是后加的)，应使用结论草案 8 中的标准评估”法院或法庭决定的权重。根据这一案文，评注接着解释说，结论草案 8 应与先前的结论草案 3 中的几个因素一并“解读”，并“旨在补充”一般标准。

62. 尽管如此，第二点可能是一些代表团困惑(这种困惑是可以理解的)的原因，对三项标准中第一项的评注明确回顾了结论草案 3 中提出的因素，而其余两项标准的评注中则没有。然而，如果仔细研究，关于后者的评注可以被解读为阐述得更加具体，同时也重复了结论草案 3 中提出的一些考虑。

63. 为了消除评论国的关切，特别报告员建议委员会进一步澄清这两项结论草案之间的关系。他建议委员会采取特别法的办法，根据这种办法，结论草案 8 中规定的更具体的标准将仅用于评估法院和法庭决定的权重。结论草案 3 中所载的更一般性的标准将只适用于没有规定权重具体评估标准的辅助手段。鉴于一些国家也担心结论草案 3 中的一些一般标准可能是主观的，因而不容易适用于司法决定和其他决定，这种办法是有道理的。¹⁰¹

⁹⁵ 见美国(同上)。

⁹⁶ 同上。

⁹⁷ 同上。

⁹⁸ 同上。

⁹⁹ 见匈牙利(A/C.6/79/SR.26)。

¹⁰⁰ 同上。

¹⁰¹ 例如，见塞拉利昂(“然而，他的代表团认为一些一般标准不适于评估法院和法庭的决定。例如，政治因素或其他固有的主观因素不能用来评估这种决定的质量，在某些情况下，这种决定可能在法律上是合理的，但在政治上是敏感的。国内和国际法律实践都是如此。”)。见 A/C.6/79/SR.27。

64. 如果该提议可以接受，委员会将调整结论草案 8 的案文，删除这些标准是结论草案 3 中标准的补充这一点。各代表团提出的其余问题可以在评注中加以澄清，在某些情况下，可以在两个相互关联的结论草案的评注中加以澄清。

C. 辩论中所出现问题的处理办法和前进方向

65. 从总体上看，如前几节所示，各国对委员会迄今为止关于本专题的工作，包括在 2024 年第七十五届会议期间的工作，给予的评论相当积极。特别报告员再次衷心感谢所有在第六委员会辩论中或通过向秘书处提交书面资料就本专题发表意见的代表团。他欢迎各国就这一专题提出进一步意见，因为他认为这些意见是作为这项工作的主要受益者的各国与委员会就本专题进行的宝贵对话的一部分。

66. 应当指出，总的来说，辩论中主要出现了两组实质性问题，需要作一些简短的回应。第一，关于对委员会迄今为止暂时通过的各项结论草案案文的拟议修改。其中一些修改需要起草委员会对暂时通过的结论草案进行一些调整。第二组问题涉及各国提出的加强评注的建议，或涉及结论草案案文的建议，但特别报告员认为，这些建议最好放在评注中。

67. 特别报告员建议委员会采取灵活的办法。首先，关于第一类问题，即对结论草案进行实际文字调整的提议，他建议委员会保持开放态度。这将意味着在起草委员会重新审视某些暂时通过的案文，以期加强这些案文。这项工作可以尽快完成，包括最早在即将举行的(即 2025 年)届会上完成，这取决于委员会在这一问题以及工作方案中其他议题上的进展。可以考虑的两处是上文讨论的结论草案 8(见第 63 段)和关于学说的结论草案 5(将在下文第三章解释)。

68. 关于第二类问题，即加强特定结论草案的评注的提议，特别报告员几乎欢迎所有这些提议。像往常一样，有些评论可能指向一个方向，有些可能指向对立的方向。就前者而言，如果总来的说似乎在一定程度上一致认为有必要进行调整，委员会就应着手进行调整。更具挑战性的情况是，有些评论指向对立的方向，以至于它们可以被视为相互抵消。后者可能意味着委员会取得了适当的平衡。无论如何，所有建议都应逐案审查，如果这些建议可能表明委员会取得了适当的平衡，那么案文或许应该保留。

69. 一般而言，特别报告员认为，在评注中作出更多解释的要求，特别是列入更多实际例子或佐证的要求，应该得到重视。在这方面，他指出，在有些情况下，他在 2023 年第七十四届会议和 2024 年第七十五届会议期间提交委员会的评注草案的一些拟议案文中提供了补充解释和例子。然而，评注的通过过程导致部分案文被缩短，以满足在某些情况下少数坚持己见的委员的偏好。他提议重新审查他的初步提议，特别是与各国提供的投入相吻合的提议。这样做是为了反映该国要求在将于 2025 年通过的一读案文的评注中提供补充说明和例子。

70. 第六委员会 2024 年辩论期间出现的最后一个实质性问题可能是最具挑战性的。因此，在这里需要作一个简短的评论，尽管在许多方面，本报告回应了所提问题。这个问题是，各代表团对两个相互关联的问题表示怀疑。第一个问题涉及“决定”一词的范围，一些代表团提出了这一问题，就决定是否应仅包括法院发布的司法决定，而不包括准司法或其他类型的决定提出疑问，或认为决定应仅包括法院发布的司法决定。

71. 尽管如此，大多数参加辩论的代表团赞同委员会的选择，即遵循 2018 年在“习惯国际法的识别”专题方面的以往工作，该专题提到更广义的“决定”，而不是更狭义的“司法决定”。这是因为，正如在 2022 年暂时通过的评注中已经澄清的那样，“‘决定’一词指法院或个人团体或机构在为了结束争议或解决问题而进行的裁决过程中作出的判决、决定或裁定”。¹⁰² 正如委员会向联大提交关于其第七十五届会议的报告中进一步解释的那样，选择使用这一措辞是为了反映当代实践，当代实践表明，“在识别或确定国际法规则的存在及内容的过程中，使用了各种机构作出的更广泛的决定，而不仅是司法机构的决定”。¹⁰³ 秘书处关于本专题的备忘录说明了国际法院和其他机构使用这类决定的情况。¹⁰⁴

72. 第二个相互关联的问题涉及可能作出此类决定的实体的类型。欧洲联盟等一些评论方认为，只有法院或司法机构才能作出司法决定。根据这种观点，其他类型的机构可以被赋予各种类型的职能，包括对个人申诉进行裁决。这类决定，无论如何称呼，都不会或不应该被视为司法决定。

73. 特别报告员总体上同意欧洲联盟的观点。他指出，委员会对结论草案 2 和 5 的评注已经解释过，不同类型的决定之间存在实际差异，司法决定来自法院，如国际法院，而其他类型的决定(无论是否被定性为准司法决定)可能由其他类型的裁决机构作出。尽管如此，可能看似语义上的问题涉及到对结论草案 2 第 1(c)段中第三类“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”的内容的更实质性关切。特别报告员回顾，自 2023 年关于第一次报告的全体辩论总结以来，特别报告员¹⁰⁵ 和委员会¹⁰⁶ 都曾表示，今后的工作将详细讨论第三类。这一讨论计划在对司法决定和学说进行分析之后进行，司法决定和学说是大约一个世纪前在《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项中承认的辅助手段。

74. 另一方面，需要明确的是，特别报告员赞同关于无限制的任何其他手段类别的关切，特别是对不以国家实践为基础的手段关切。事实上，委员会暂时通过的结论草案案文澄清，有关辅助手段不是任何其他手段的一个模糊类别，而只是“一般用于协助确定国际法规则的手段”(强调是后加的)。也是因为这个原因，他在第一次报告中认为，虽然实践和文献表明，有许多可能列入第三类辅助手段的项目，但今后对这一类别的分析不应是无限制的，应限于源自国家或国际组织实践的辅助手段范围内。¹⁰⁷ 随后，根据委员会和第六委员会的辩论，他发现有人支持审查专家机构的工作成果以及国际组织的决议和决定。本报告的其余部分将讨论这些问题。

¹⁰² 见委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案 2 的评注第(6)段，[A/78/10](#)，第 127 段，见第 81 页。

¹⁰³ 见委员会第七十五届会议暂时通过的结论草案 4 的评注第(3)段，[A/79/10](#)，第 75 段，见第 32 页。

¹⁰⁴ [A/CN.4/759](#) 和 [A/CN.4/765](#)。

¹⁰⁵ [A/CN.4/769](#)，第 25-26 段。

¹⁰⁶ 见委员会第七十五届会议暂时通过的结论草案 4 的评注第(3)段，[A/79/10](#)，第 75 段，见第 32 页。

¹⁰⁷ [A/CN.4/760](#)，特别报告员提出的结论草案 2(c)分段，第 381 段；另见同上，第 352-354 和 374 段。

三. 学说

A. 关于学说的以往讨论

75. 委员会关于本专题的工作计划以及自 2021 年以来在委员会和第六委员会的辩论表明，其部分任务是审查作为确定国际法规则的辅助手段的学说的类别及其与国际法渊源的关系。特别报告员第一次报告详细讨论了学说。第二次报告尽管重点是司法决定，也酌情讨论了学说。出于这一原因，本报告将对学说进行一般性讨论。这种一般性办法可能没有什么价值，因为委员会也已在全体会议和起草委员会进行全面辩论后，暂时通过了一项关于学说的具体结论草案，解释如何利用学说确定国际法规则的存在和内容。关于学说的结论草案在第六委员会受到各国的好评。

76. 还应回顾，除了在本专题中审议学说之外，委员会还在最近的几个渊源专题和相关专题中审议了学说的一些方面。“习惯国际法的识别”、¹⁰⁸ “与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”、¹⁰⁹ “一般法律原则”¹¹⁰ 以及“一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果”¹¹¹ 等专题就是如此。这些专题中通过的实质性规定涉及在解释、识别、确定和适用习惯国际法规则、一般法律原则和一般国际法强制性规范的过程中将学说作为辅助手段的问题。

77. 考虑到上述情况，本章将集中讨论在审议本专题过程中出现的关于学说的两个剩余问题。首先，也是特别重要的，是学说范围的问题。也就是说，什么包含在学说类别内，什么不包含在学说类别内，以及学说与确定法律规则的其他辅助手段的关系。

78. 第二，尽管委员会已经确定了可用于确定司法决定权重的具体标准，但必然会产生如何确定学说权重的问题。若干代表团就这一探究的必要性发表了意见，这就需要审议委员会已经通过的辅助手段一般评估标准是否适用于学说这一具体类别。

B. 学说在确定国际法规则方面的意义和地位

79. 以前的报告已经指出，对学说进行任何分析的出发点显然是《国际法院规约》第三十八条第一款第(卯)项，该条款基本上指示法院在根据国际法解决国家间争端时，除其他外，“适用”¹¹² “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”。特别报告员在其第一次报告中探讨了法院是否需要适

¹⁰⁸ 见委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案 2 的评注第(17)段，[A/78/10](#)，第 127 段，见第 84 页；另见关于习惯国际法的识别的结论及其评注：委员会通过的结论及其评注转载于《2018 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65-66 段(另见联大 2018 年 12 月 20 日第 73/203 号决议，附件)。

¹⁰⁹ 同上；另见关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论及其评注：委员会通过的结论及其评注转载于《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 51-52 段(另见联大 2018 年 12 月 20 日第 73/202 号决议，附件)。

¹¹⁰ 同上；委员会一读通过的关于一般法律原则的结论草案，[A/77/10](#)，第 40-41 段。

¹¹¹ 同上；另见《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》([A/77/10](#))，第 43 段。

¹¹² 第一次报告([A/CN.4/760](#))讨论了国际法院是否必须作为辅助手段适用学说的问题。

用普通术语意义上的学说这一初步问题。实践证实，从国际法院开始，各法院一般不将第三十八条第一款(卯)项的措辞理解为要求或责成它们适用学说。恰恰相反。法院以其他方式利用学说，帮助它们识别、解释或确定国际法规则是否存在，如果存在，则确定该规则的范围和适用。换言之，虽然学说可能特别有助于确定国际法规则的存在和内容，但学说并不是如此适用的法律的渊源。

80. 如前所述，在本专题中，委员会已经通过了案文和评注，在进一步讨论时必须铭记这一点。首先，2023年，委员会暂时通过了结论草案2。这一结论的目的是提出确定国际法规则的辅助手段的类别。前导句解释说，辅助手段“包括”“法院和法庭的决定”、“学说”(强调是后加的)以及“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”。委员会解释说，由于在前导句末尾使用了“包括”一词，并明确提到第三类，结论草案2中的列举意在举例说明，而非详尽无遗。

81. 无论如何，无论是否详尽无遗，所列的辅助手段将学说作为一个独立的类别与“法院和法庭的决定”¹¹³和第三个“一般用于确定国际法规则的任何其他手段”¹¹⁴并列。在总评注中，委员会在关于范围的规定下澄清说，通过结论草案2的意图不是涵盖列入本专题类别的所有可能的辅助手段或项目，这些结论提供的指导可能有助于“使用既有辅助手段确定国际法规则和确定未来可能出现的新辅助手段的范围”¹¹⁵。

82. 第二，除了结论草案2中提到的三类辅助手段之外，委员会于2024年暂时通过了结论草案5，其中规定：

学说，特别是那些普遍反映来自世界各法律体系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内容的辅助手段。在评估学说的代表性时，除其他外，需适当考虑到性别和语言多样性。¹¹⁶

这一实质性结论草案建立在委员会先前的工作基础上，特别是与《国际法院规约》第三十八条第一款有关的专题：“习惯国际法的识别”(第三十八条第一款(丑)项)和“一般法律原则”(第三十八条第一款(寅)项)。

83. 本专题所述的这项结论草案阐述作为确定国际法规则的辅助手段的学说，为保持一致反映了先前采取的方法，同时也纳入了新的澄清性要素。与上述专题中使用的表述相比，本结论草案的表述得到了更新。因此，目前讨论的结论草案的措辞更明确地表明“学说是”辅助手段，而不是“学说可”作为辅助手段。这一修订旨在确保本专题的结论草案与《规约》第三十八条第一款第(卯)项的案文更加一致。显然，第三十八条的表述和委员会迄今为止暂时通过的结论草案没有确立司法决定是比学说更高和更重要的类别，前者是辅助手段，而后者可能是辅助手段。

84. 最后，对委员会先前工作的一个特别重要的补充是，在结论草案5的新的第二句(在起草过程中增加)中强调，学说需要在世界各语言、区域和法律制度方面

¹¹³ 见委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案2的评注第(1)段，A/78/10，第127段，见第80页。

¹¹⁴ 同上。

¹¹⁵ 总评注第(8)段，同上，见第76页。

¹¹⁶ A/79/10，第74段。

具有代表性。先前的工作确实在相关结论中以有限的方式提到了代表性(通过提及“各国”权威最高之公法学家学说)。评注中有限度地提到了世界上的法律体系、区域和语言。委员会现在在新的结论草案中明确指出,在评估学说时,需要适当考虑一份说明性的标准清单,其中包括性别和语言多样性。重要的是,性别作为一个考虑因素首次在作为委员会产出的拟议案文中得到明确承认。评注进一步充实了说明性指导要点,确认在使用学说时需要更多地考虑多样性,这可能有利于国际法的正当性。

85. 然而,结论草案 5 以及委员会先前在习惯国际法的识别和一般法律原则专题中通过的其他草案都没有提供“学说”一词的具体定义。尽管如此,在委员会以前处理辅助手段的工作中以及在本专题中,委员会在评注中处理了定义问题。委员会在结论草案 2 的评注中正确地指出,国际法院的成立文件,如《规约》第三十八条或其他地方,以及次级文件(如《法院规则》或《程序指示》)都没有进一步界定“学说”这一术语。还有人指出,国际法院或其前身常设国际法院没有理由界定这一术语。这意味着,委员会在本专题和先前专题中开展的工作的部分增加值是提供对“学说”一词的共同理解或定义。

86. 委员会解释说,无论是从一般意义上理解,还是与同义词放在一起理解,“学说”一词实际上是一个“宽泛的类别”。¹¹⁷它主要是指“文字著作”。但它不仅包括文字论著,还包括“非文字形式的学说,如讲座和视听材料”。¹¹⁸最后,委员会得出结论认为,“学说包括论著或理论、录制的讲座和视听材料,以及用于传播的任何其他形式材料,包括未来可能发展出来的材料”。¹¹⁹

C. 对学说进行分类和评估其权重

87. 由于迄今为止的工作已经澄清了学说作为辅助手段的作用,并且提供了学说的有用定义,如上文所表明的那样,学说最终包含了一个宽泛的类别,现在剩下的问题是哪类作者可以创作出包含在学说类别中的著作。根据最广泛的理解,学说指的是学者的著作,无论是个人著作还是作为一组著述者的一员共同创作的著作。委员会的方法没有正式根据作者是谁区分学说。然而,学者和机构使用学说的方式表明,根据学说是否出自一位作者,它们的价值或分量是不同的。

88. 区分学说的部分方法是检查学说的来源或作者。另一种方法是根据学说的内容区分学说。关于前者,甚至第三十八条第一款(卯)项也表明,公法学家之间是有区别的。国际法使用者感兴趣的不是所有公法学家的著作,而是各国权威最高之公法学家的著作。虽然委员会在迄今为止通过的结论中放弃了这种被视为过时的语言,但该条款的案文对于理解和评估其类别和范围仍然具有相关性。

¹¹⁷ 见委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案 2 的评注第(13)段, [A/78/10](#), 第 127 段, 见第 83 页。

¹¹⁸ 同上。

¹¹⁹ 同上。

89. 除了作者身份，或许最重要和真正要紧的是学说的内容和质量。将学说限定为仅包括某些作者的学说这一想法实际上是试图建立一些表明质量的标准。特别报告员第一次报告中广泛讨论的《规约》起草历史清楚地表明了这一点。¹²⁰

90. 关于形式，学说可以采取广泛的形式，并可以用于多种目的。一些学说可能旨在帮助识别一项规则，或用于教学目的，如向学生讲授什么是国际法的教科书或案例手册。还有专著，即一位作者撰写的阐述国际法某一专题的书籍。还有一些论文，可能试图陈述对法律的学术观点，或一些法律重述，对整个国际法或更广泛的国际法的某些部分进行一种系统的阐述。有评论、百科全书和实用手册，在杂志和报纸上发表的文章，目前甚至还有网站或在线博客上发表的文章，或为数字或电子平台制作的其他内容，如视听内容或播客。这些都将构成学说。然而，其中一些材料，如评论或论文，特别有助于辨别适用的法律。

91. 可能有必要对著作的作者和内容进行综合评估。将某一著作的作者身份和内容结合起来，可以帮助国际律师在确定国际法规则的过程中确定学说的权重。例如，有些材料可能对国际法的理解产生重要影响，甚至是决定性影响。其中可能包括政府的法律意见、外交信函、军事手册、条约数据库或汇编、国家惯例摘要，甚至正式或非正式的起草历史或准备工作材料、官方或非官方评论，或政府官员的声明和发言。这种基于著作作者和著作质量以及著作出处的区分是自然发生的，并反映在实践中，包括国内和国际性法院和法庭的工作中，正如秘书处的第一份备忘录所确认的那样，也反映在委员会本身的工作中。

92. 为了我们的目的，借鉴这一领域的文献，并牢记上述建议，即作者的类型似乎也有助于评估其工作的相关性，我们建议至少有三种不同类型或类别的作者能够产出学说。首先是公法学家或著述者，也就是说作者——通常是学者，但也可以是从业者——以及其他能够发表与解决当前问题有关的著作的人。第二类是长期或临时组织成集体或专家组的作者，这样的集体通常是由一群个人私下创建的。最后，就我们的目的而言，最重要的一类是官方机构或由国家或国际组织创建的隶属于它们的机构。虽然各种类别并不是严丝合缝的，并且相互重叠和交叉，但认识到这些类别可能有助于我们更好地理解可能被认为是学说的大量材料。

1. 普通/个体公法学家

93. 第三十八条第一款(卯)项指示国际法院除了审查司法决定之外，还审查各国权威最高之公法学家学说。“公法学家”一词在字典中的意思是“万国公法或国际法的专家或著述者”。¹²¹ 就委员会而言，“公法学家”一词基本上使人想起同样的含义。¹²² 委员会使用“法学家”、“著述者”或“评论者”来称呼公法学家。在关于习惯国际法的识别的结论 14 的评注中，委员会解释说，该

¹²⁰ A/CN.4/760, 第七章。

¹²¹ “Publicist”, *Oxford English Dictionary*, 3rd ed. (2013). 可查阅 www.oed.com。

¹²² 关于习惯国际法的识别的结论，结论 14 评注第(4)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页。

术语“涵盖了其论著可阐明国际法问题的所有人”。¹²³ 本特别报告员同意这一观点。

94. 若该词按通常说法是指“著述者”，并与“作者”同义，那么《国际法院规约》中以复数形式使用(即 publicists)，特别是与“学说”一词一起使用时，似乎意味着其意图不是为了依靠某一位作者，而是为了依靠多位著述者的集体观点。¹²⁴ 第一次报告解释了这一理解，现在委员会通过的结论草案 5 的案文确认了这一理解，将“公法学家学说”一词解释为意指反映学者一致观点的著述者或作者可能受到更大重视。

95. 国际法，无论在历史上还是现代，都明显受益于个体学者的著作。有许多被认为杰出的个体学者的例子，他们的著作相当有影响力。他们的名字经常出现在主要的国际法教科书中。在这方面，可以经常发现所提到的是诸如 Alberico Gentili 和 Hugo Grotius(被称为国际法之父)等著述者，以及 Francisco de Vitoria、Francisco Suárez、Samuel von Pufendorf、Richard Zouche 和 Emerich de Vattel 等人。所有这些作者的共同点是，他们都是欧洲作者，他们的著作在当时，甚至在今天都很有影响力。这并不是说没有来自世界其他地方的作者以类似的方式做出了贡献；而是说，由于各种复杂的原因，它们没有得到同样程度的承认，因此可能没有同样知名。无论作者是被归类为实在法学派还是自然法学派，他们的一些著作是如此受人尊敬，以至于他们成为外交官或其他政府公务人员的必读书目。这些作者的持续影响使他们中的一些人至今在国际法庭上经常被提及。

96. 个体学者的著作也可能在国际法的特定领域产生影响。例如，在 19 世纪，哥伦比亚法学院的 Francis Lieber 教授的工作阐述了亚伯拉罕·林肯总统在 1863 年 4 月 24 日美国内战期间为美国联邦军队颁布的敌对行为规则。《利伯守则》或称“第 100 号通令：美国陆军军官战场守则”，后来被证明对激励和影响许多其他国家的战争法编纂工作产生了影响。这些国家包括普鲁士(1871 年)、荷兰(1871 年)、法国(1887 年)、瑞士(1878 年)、塞尔维亚(1879 年)、西班牙(1889 年)、葡萄牙(1890 年)、意大利(1896 年)和联合王国(1884 年)。后来，它将成为 1874 年《布鲁塞尔宣言》以及 1899 年和 1907 年《海牙陆战公约》的基础。¹²⁵

97. 尽管如此，正如第一次报告中详细解释的那样，国际法院在使用论著方面的实践各不相同。虽然一些法庭使用并认可学者的工作，例如在国际刑法领域和人权法庭，但国际性法院等其他法院很少引用个人学者的著作。法院的判决或决定是这样的，但单独的同意或反对意见则不是这样，提及论著的情况更为常见。个别意见在性质上可能更接近学说，但本报告员认为，它们具有官方性质，很难将其仅仅称为学说。毕竟，它们是由负责解决具体案件或发表咨询意见的法官正式批准的经论证的决定，尽管它们可能会超出主要判决的范围，处理整个法庭没有处理的问题。

¹²³ 同上。

¹²⁴ 见 Omri Sender, “The importance of being earnest: purpose and method in scholarship on international law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 54 (2022), pp. 53–69, at p. 58.

¹²⁵ 有关评论见 R.R. Baxter, “The first modern codification of the law of war: Francis Lieber and General Orders No. 100”, *International Review of the Red Cross*, vol. 25 (1963), pp. 171–189, and Theodor Meron, “Francis Lieber’s Code and principles of humanity”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), pp. 269–282.

98. 就国际法院(以及在这方面其前身)而言,迄今为止已知的是,学说在判决/多数意见中几乎未发挥过重要作用。根据一项追踪了约 70 年实践的实证研究,在研究之时的 155 个案例中,国际法院仅 7 次引用了学说:¹²⁶ 陆地、岛屿和海上边界争端案的裁决、¹²⁷ 纳米比亚咨询意见、¹²⁸ 卡西基里/塞杜杜岛案判决、¹²⁹ 尼加拉瓜案判决、¹³⁰ 波斯尼亚灭绝种族案判决、¹³¹ 诺特博姆案(第二阶段)判决¹³² 和核武器问题咨询意见。¹³³ 国际法院的前身常设国际法院在某种意义上发展了这种实践,¹³⁴ 仅从以下案件中一些对学说的提及似乎就可看出这一点:荷花号案、¹³⁵ 德国在波兰上西里西亚的某些利益案、¹³⁶ Jaworzina 案、¹³⁷ 温布尔登号案¹³⁸ 和奥地利-德国关税同盟问题咨询意见。¹³⁹

99. 如果说对学说的引用在国际法院的主要判决中相对较少,可能提出的一个问题是,著作可能会被法院引用的少数人是谁。Helmersen 的同一项研究指出,该研究根据引用计数分析了前 40 名著述者,被引用最多的著述者包括 Shabtai Rosenne、Hersch Lauterpacht、Gerald Fitzmaurice、Manley O. Hudson、Lassa Oppenheim、Robert Jennings、Charles de Visscher、Ian Brownlie、Arthur Watts 和 Julius Stone。¹⁴⁰ 这个列表按顺序列出了被引用次数最多的前十位著述者。同样,值得注意的是前 40 名被引用作者的地区和性别来源,第一个来自全球南方

¹²⁶ Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), p. 45.

¹²⁷ 同上,第 44 页,援引陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯:尼加拉瓜参加),《1992 年国际法院案例汇编》,第 3 页起,见第 92 页。

¹²⁸ 南非不顾安全理事会第 267(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果,咨询意见,《1971 年国际法院案例汇编》,第 16 页。

¹²⁹ 卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚),判决,《1999 年国际法院案例汇编》,第 1045 页。

¹³⁰ 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。

¹³¹ 《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。

¹³² 诺特博姆案(第二阶段),1955 年 4 月 6 日的判决,《1955 年国际法院案例汇编》,第 4 页。

¹³³ 国家在武装冲突中使用核武器的合法性,咨询意见,《1996 年国际法院案例汇编》,第 66 页。

¹³⁴ 见《2016 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/691 号文件,第 18 段。

¹³⁵ “荷花号”案,(法国诉土耳其),1927 年 9 月 7 日第 9 号判决,《常设国际法院案例汇编》,A 辑,第 10 号(1927 年)。

¹³⁶ 德国在波兰上西里西亚的某些利益案(德国诉波兰),1925 年 8 月 25 日第 6 号判决,《常设国际法院案例汇编》,A 辑,第 6 号(1925 年)。

¹³⁷ Jaworzina 问题,咨询意见,1923 年 12 月 6 日,《常设国际法院案例汇编》,B 辑,第 8 号(1923 年)。

¹³⁸ 温布尔登号,咨询意见,1923 年 8 月 17 日,《常设国际法院案例汇编》,A 辑,第 1 号(1923 年)。

¹³⁹ 德国与奥地利之间的关税制度,咨询意见,1923 年 9 月 5 日,《常设国际法院案例汇编》,A/B 辑,第 41 号(1923 年)。

¹⁴⁰ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, pp. 94 and 185–188.

的作者(因为缺乏更好的解释方法)排在第 14 位。各国诉状中引用的学者的代表性也好不到哪里去。

100. 正如第一次报告所指出的那样,在国际法院的判决中不大量引用学说,这种看似传统的做法可能会产生误导。¹⁴¹ 这并不意味着在审议过程中不参考学术成果或学术成果对法官没有用。情况正好相反。学术成果似乎得到广泛利用,不仅是在国家向国际法院和其他国际性法院提交的诉状¹⁴² 中使用,而且也用于澄清特定法律规则的背景。用作背景资料的学说的价值表明,与仅从引用次数上所作推测相比,学说实际上更有影响。此外,在一些国际性法院中,常常大量提及学说,若不是支持法律主张,即是作为对这些主张的一种确认形式——第一次报告对此有详细解释。¹⁴³

101. 有待本部分处理的两个问题中,只有一个仍然悬而未决:普通学说的权重问题。鉴于上述关于学说分类的讨论,并考虑到这一专题进入后期阶段使委员会有机会重新审议以前通过的案文,特别报告员建议讨论学者提出的学说的权重。实现这一目的的一个方法可能是在目前关于学说的结论草案 5 中增加案文。如果这一提议可以接受,2024 年委员会第七十五届会议期间通过的案文将保留。它将成为第一段,其中包含原有的两个句子。修订后的结论草案将新增一个第二段,使用先前通过的关于本专题中其他辅助手段所采用的权重的表述。然后,只需在新的段落中规定:

“2. 在评估第 1 段所述学说的权重时,需酌情考虑到结论草案 3 所列标准。”

鉴于委员会和第六委员会进行的辩论和所提的建议,在评注中将进一步解释该标准最重要的要素。

102. 委员会的另一个选择是单独列出一项关于权重的结论。但是,到目前为止,只对法院和法庭的决定采用了这种办法。所有其他结论草案,包括特别报告员拟订的其他结论草案,都将在同一结论中处理权重问题。

2. 私人专家机构和团体

103. 根据上述方案,由公法学家提出的第二类学说包括私人组织的工作成果,无论它们是组织成专家机构、职业国际律师学术学会、团体,还是公共慈善机构或非盈利组织。这些实体通常是根据一个或多个国家的国内法成立的。它们通常是长期性的组织,尽管也有可能有一个临时性的专家组,在某一特定时期就某一具体项目或问题开展工作。它们也可以非正式地建立,未必需要依法登记。

104. 这类团体由个人组成,通常由关键成员驱动,他们的私人或个人工作可能会与团体的工作相互影响。就我们的目的而言,这种专家组最重要的特点可能是,在某些情况下,它们可能特别侧重于国际法的编纂或其某些具体方面,而且它们虽然试图影响国家,却不隶属于国家。最著名的私人协会包括国际法学会

¹⁴¹ 见 A/CN.4/760, 第 318 段。

¹⁴² 例如,在本报告上文第二章讨论的美国就此专题提交的材料中,美国确认它经常在国际案件的诉状中引用学术著作。

¹⁴³ 见 A/CN.4/760, 第 318 段。

(这是法学家咨询委员会 1920 年审议中实际提到的唯一这类学会)和国际法协会。还有其他更专注于国家的组织，如美国法学会。

105. 除此之外，还有几十个国际法研究中心，无论是否隶属于大学。这些团体通常专注于研究国际法。其中一些是学者组成的研究组，可能与学术机构如哈佛法学院所有关。除了这些机构之外，世界上许多国家还有许多以不同方式组织和构建的国际律师职业协会。这些团体通常也是根据有关国家的国内法组建的，它们本身可能是正式的组织，例如非洲国际法协会、美国国际法学会、英国国际法和比较法研究所、中国国际法学会、加拿大国际法理事会、捷克国际法学会、法国国际法学会和日本国际法学会。还有数百个国际法特别兴趣小组存在于专业性的国家律师协会中。

106. 所有这些团体可能以研究、决议、报告和专题文件的形式产出各种各样的文本，所有这些都可能在一定程度上构成学说。从历史上看，由学术人士和执业国际律师组成的专业专家组编写的著作被证明对理解甚至推动国际法的发展产生了相当大的影响。有许多这样的例子，甚至委员会的工作也从其中一些著作中获益。可能的例子有许多，包括国际法学会的工作以及国际法协会在《关于使用国际河川水道的赫尔辛基规则》方面的有影响力的工作。¹⁴⁴ 正如特别报告员在第一次报告中指出的，在此方面，学者个人的著作甚至可能与专家组的著作交叉，对核心国际法规则的形成产生巨大影响。除其他外，委员会在关于习惯国际法的识别的结论¹⁴⁵ 关于学说的结论 14 和关于一般法律原则的结论¹⁴⁶ 关于学说的结论草案 9 的评注中都正式承认与包括国际法学会和国际法协会在内的集体机构的工作特别相关。

107. 在国际法的其他领域也有其他例子，例如在武装冲突法领域，国际法学会于 1880 年 9 月 9 日在牛津通过了一份有关的手册。国际法学会并未提出一项条约，它力求明确阐述它认为可用作国家立法依据的当时的公认思想。这份文件即《陆战法规》，被证明具有巨大的影响力。¹⁴⁷ 最近的例子包括国际人道法研究所《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》、¹⁴⁸ 国际专家组编写的《适用于网络战的国际法塔林手册》¹⁴⁹ 或《关于国家在经济、社会和文化权利领域的域外义务的马斯特里赫特原则》。

108. 由四个非政府组织资助的普林斯顿大学法律和公共事务方案编写了《普林斯顿普遍管辖权原则》，供立法者、法官和其他用户使用，以指导国内法院根据

¹⁴⁴ International Law Association, *Report of the Fifty-second Conference, Held in Helsinki, 1966* (London, 1967), p. 496.

¹⁴⁵ 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段。

¹⁴⁶ A/78/10, 第 41 段。

¹⁴⁷ Institute of International Law, *The Laws of War on Land* (Oxford, 1880). 可查阅明尼苏达大学人权图书馆，网址：umn.edu。

¹⁴⁸ Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, International Institute of Humanitarian Law (Cambridge, Cambridge University Press, 1995).

¹⁴⁹ Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

国际法起诉国际罪行。¹⁵⁰ 一个非洲非政府组织也作出了类似的努力，促成了《关于严重侵犯人权罪行的普遍管辖权的开罗—阿鲁沙原则：非洲的观点》，国际法院后来在逮捕证案的判决中引用了这份文件。¹⁵¹ 哈佛人道主义政策和冲突研究项目编写了《适用于空战和导弹战的国际法手册》。¹⁵² 另一个相对较近的例子包括《国际保护替代办法密歇根指南》。¹⁵³ 这些项目的成果可归类为学说，在某些情况下，为国际性和国内法院和法庭提供了有用材料，从而产生影响。

109. 举一个重要的例子，在卡西基里/塞杜杜岛案(博茨瓦纳/纳米比亚)中，法院提到国际法学会 1887 年 9 月 9 日在海德堡通过的“关于河流航行国际规章的草案”，其中指出：“‘被河流分隔的国家以主航道、即航道中间线为界’”(《1887-1888 国际法学会年鉴》，第 182 页)。¹⁵⁴

110. 在关于早于 1969 年《维也纳公约》的《和约》第 79 条第 6 款 C 项的解释分歧案中，仲裁法庭提及 1950 年《国际法学会年鉴》，其中载有一份关于条约解释规则的报告，并注意这份由劳特派特先生作为报告员编写的、得到学会内相关委员会委员几乎一致支持的报告反映了国际公法理论中的普遍观点，指出就解释而言，造法性条约与其他条约(“les traités-lois ou traités normatifs”)之间没有区别。¹⁵⁵

111. 希腊王国政府(代表 Apostolidis)诉德意志联邦共和国案仲裁委员会提及使用准备工作材料作为解释条约的工具，表示同意：

国际法学会在 1956 年 4 月 19 日格拉纳达会议上通过的决议中表达的、使国际法取得了决定性的进展的意见，即通过该决议决定，即使多边条约准备工作材料尚未公布或未提供给缔约国之一，但诉诸这些材料的问题仍必须由法官酌情处理，并根据有关案件的特殊情况加以解决(《年鉴》，1956 年，第 347 页)。¹⁵⁶

¹⁵⁰ Stephen Macedo (ed.): *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (Princeton University, Program in Law and Public Affairs, 2001); and *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004).

¹⁵¹ 见 Africa Legal Aid, Cairo-Arusha Principles in respect of Gross Human Rights Offences: An African Perspective, AFLA Policy Documents, 于 2002 年 10 月在坦桑尼亚联合共和国阿鲁沙通过。
<https://www.africalegalaid.com/afla-policy-documents>。

¹⁵² Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

¹⁵³ 见 James C. Hathaway, “International refugee law: the Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (1999), pp. 131–133. 国家当局采用了这些指南。第一个采用的是新西兰难民地位上诉局，1999 年 10 月 29 日第 71684/99 号决定(<https://www.refugee.org.nz/index.htm>) (认为《密歇根指南》，“杰出群体的集体智慧不能轻易忽视”。)。

¹⁵⁴ 卡西基里/塞杜杜岛案(见上文脚注 129)，第 25 段。

¹⁵⁵ 《和约》第 79 条第 6 款 C 项的解释分歧案(意大利在突尼斯的财产)，1952 年 6 月 25 日第 136 号决定，《国际仲裁裁决汇编》，第十三卷，第 389-439 页，见第 396 页。

¹⁵⁶ 根据 1952 年 5 月 26 日在波恩签署的《关于解决因战争和占领引起的问题的公约》设立的德国财产、权利和利益仲裁委员会，希腊王国政府(代表 Apostolidis)诉德意志联邦共和国案，第二分庭的决定，1960 年 5 月 11 日，《联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十九卷，第 445-484 页，见第 468 页。

112. 在美利坚合众国和法国之间关于空运协定的解释案中，法庭提及将条约的目的作为解释标准，并提及国际法院对《1902 年关于监护婴儿的公约》的适用案¹⁵⁷ (荷兰诉瑞典)的判决，指出：

哈佛法学院的“公约草案”第 19 条事实上开宗明义地断言，“条约应根据其意图达到的一般目的加以解释”。“考虑到条约的目的”一语也出现在国际法学会格拉纳达决议第 2 条 c)项下。¹⁵⁸

113. 法国—意大利委员会在《埃塞俄比亚和平条约第 78 条第 7 款条解释和适用差异》中提及国际法学会著作中所载的条约解释规则，表示一项普遍公认的解释原则是，条约的条款必须根据其上下文来解释。¹⁵⁹

114. 在 Fubini 案中，意大利—美国和解委员会指出：

关于解释国际条约艺术的规则要求解释者首先依靠必须适用的案文，为缔约国所用术语赋予其自然含义。国际法学会格林纳达会议 1956 年 4 月 19 日的决议(《年鉴》，第 46 卷，第 365 页)就是如此

.....

常设国际法院在其判例中提出了同样的意见，并拒绝考虑案文中没有的条款。

.....

目前的国际法院判例并无任何不同。¹⁶⁰

115. 在 H.G. Venable 诉墨西哥合众国案中，一般索赔委员会提及罗尔斯顿关于 1903 年委内瑞拉仲裁案的出版物、国际法学会 1902 年通过的破产法规则以及“插入 1925 年 10 月至 11 月海牙国际私法会议最后议定书中”的破产法公约草案，其中银团或破产管理人作为产业代表行事，而不被视为政府代表。¹⁶¹

116. 在 James H. McMahan(美国)诉墨西哥合众国案中，墨西哥—美国索赔委员会讨论了墨西哥和美国在格兰德河的划界问题。它指出，到当时为止，两国均可行使充分的领土权利，并提及学术论著、1815 年维也纳会议后缔结的条约以及

¹⁵⁷ 《1902 年关于监护婴儿的公约》的适用案(荷兰诉瑞典)，1958 年 11 月 28 日判决，《1958 年国际法院案例汇编》，第 55 页。

¹⁵⁸ 美利坚合众国和法国间关于空运协定的解释案，裁决，1963 年 12 月 22 日，第十六卷，第 5-74 页，见第 56 页。

¹⁵⁹ 法国—意大利和解委员会，*Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, par. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien — Décisions nos 176 et 201*, 1956 年 3 月 16 日第 201 号裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第八卷，第 636-661 页，见第 643 页，其中援引 Hersch Lauterpacht, *De l'interprétation des traités, nouveau projet définitif de résolutions à l'issue du débat de Sienne au sein de l'Institut de Droit International*, p. 1, art. 1, para. 2。

¹⁶⁰ 意大利—美国和解委员会，Fubini 案—第 201 号裁决，裁决，1959 年 12 月 12 日，《国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第 420-434 页，见第 425 页。

¹⁶¹ 墨西哥/美国，一般索赔委员会，H. G. Venable(美国)诉墨西哥合众国案，裁决，1927 年 7 月 8 日，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 219-261 页，见第 228 页，第 22 段。

国际法学会 1887 年通过的关于分隔两国或多国的国际河流航行的条例，以表明这些文书承认沿岸国在河流中行使警务的权利。¹⁶²

117. 最后一个例子说明了个人和学者的著作如何在实践中使用。Bembelista 案的仲裁人在分析一项关于军事攻击发生地区附近造成的损害索偿时，考虑到《国际法学会手册》，¹⁶³ 分析了若干论著，包括 De Vattel 的论著，¹⁶⁴ 并得出结论认为，他“仔细审查了几乎所有的国际法教科书，发现其中规定的原则得到他们无条件的认可”。¹⁶⁵

118. 事实上，正如摘自秘书处为本专题编写的第二份备忘录的上述九个案例所证实的那样，国际法学会等一些私人专家组的学说确实具有影响力。

D. 拟议结论草案 9——私人专家组的产出

119. 鉴于这一分析表明了对私人机构的著作的使用由来已久，包括在各法庭和委员会的工作中，特别报告员提出一项结论草案，表明这些组织的产出可作为确定国际法规则的存在及内容的辅助手段。后半部分的措辞大部分来自本专题工作期间已通过的先前商定案文，其中使用了“可作为”，表明此类著作的使用将取决于实际情况。第二段阐述这种产出的权重问题。它同样沿用了前几届会议的措辞，并根据具体情况进行了必要的调整。由于这是已经商定的措辞，希望在本项结论草案和以后的结论草案中对这一表述的审议能够顺利进行。

120. 他提出以下结论草案供委员会审议。

结论草案 9

私人专家组的产出

1. 由个人或在没有国家或国际组织参与下独立组织的集体创作的产出，可作为确定国际法规则的存在及内容的辅助手段。
2. 在评估这些产出的权重时，应酌情考虑到结论草案 3 所列标准。

3. 公共专家机构或国家创建和国家授权的专家机构

121. 第三类也是最后一类专家集体涉及特别报告员第一次报告中提到的相对于“私人”而言的“公共”专家组。这组专家机构包括隶属于各国的专家组。从属关系的程度会有所不同，这取决于它们由国家创建(国家创建的实体)还是由其他

¹⁶² 墨西哥/美国，一般索偿委员会，James H. McMahan(美国)诉墨西哥合众国案，裁决，1929 年 4 月 30 日，《国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 486-496 页，见第 490 页，其中提及 Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. I, *Peace*, 3rd ed. (London, Longmans, 1920), pp. 314-322; Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, vol. 1, Part 2, 8th ed. (Paris, Rousseau, 1925) pp. 453 *et seq.*; John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, vol. I (Washington, Government Printing Office, 1906), pp. 616. *et seq.*; Jan de Louter, *Le droit international public positif*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 1920), p. 445, also p. 490。

¹⁶³ 荷兰—委内瑞拉委员会，Bembelista 案，裁决，1903 年，《国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 717-720 页，见第 718 页。

¹⁶⁴ 同上，第 719 页，提及 Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916), Book III, chap. XV, sect. 232, p. 204。

¹⁶⁵ 同上，第 719 页。

各方创建并被授权履行某些职能(国家授权的实体)。Sivakumaran 似乎也区分了这两者,他认为,“国家授权的实体本质上是国家赋予其权利的实体,以履行特定职能”。¹⁶⁶ 根据这种理解,它们的决定性特征是,它们是由“两个或两个以上的国家”创建或授权,并被赋予作出决定或采取行动的权力。¹⁶⁷

122. 但是,鉴于这种分类的广泛性质,它们包含了广泛的行为体,包括全球或区域一级的政府间组织及国际性和区域性法院和法庭;条约机构和其他行为体,如红十字国际委员会;甚至个人,如联合国难民事务高级专员公署。需要承认,国家授权实体这一类别是一个无定形的类别,它“存在于一个范围内”,包括不同的行为体,可进一步细分,“按行为体的类型分为不同类别的机构,如国际组织、国际性法院和法庭、编纂机构等,或按法律人格细分”。¹⁶⁸ 最后,正如一位作者所建议的,并与委员会的工作保持一致,评估它们的广泛标准将不仅包括设立;组成;任务;非常重要还要包括工作的质量和工作的客观性。

123. 根据上述定义,可以审视广泛的机构,以评估其工作成果是否构成学说。这些机构首先包括专门为协助各国推进国际法的编纂和逐渐发展而设立并以此为任务的由独立专家组成的机构。如第一次报告所述,在全球一级,这类机构中最重要的是委员会本身,以及联合国国际贸易法委员会。

124. 为协助各国或国际组织推进编纂和逐渐发展而设立的具有类似任务的区域机构,如美洲法律委员会、非洲联盟国际法委员会、亚非法律协商组织和欧洲委员会国际公法法律顾问委员会。

125. 除了这些机构之外,还有条约机构,如人权事务委员会、¹⁶⁹ 经济、社会及文化权利委员会、¹⁷⁰ 消除种族歧视委员会、¹⁷¹ 禁止酷刑委员会、¹⁷² 消除对妇女歧视委员会、¹⁷³ 儿童权利委员会、¹⁷⁴ 移民工人问题委员会、¹⁷⁵ 强迫失踪

¹⁶⁶ 见 Sandesh Sivakumaran, “Beyond States and non-State actors: the role of State-empowered entities in the making and shaping of international law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 55 (2017), pp. 343–394, at p. 351.

¹⁶⁷ 同上。

¹⁶⁸ 同上,第 352 页。

¹⁶⁹ 《公民及政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日,纽约),联合国,《条约汇编》,第 999 卷,第 14668 号,第 171 页。

¹⁷⁰ 《经济社会文化权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日,纽约),同上,第 993 卷,第 14531 号,第 3 页。

¹⁷¹ 《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965 年 12 月 21 日,纽约),同上,第 660 卷,第 9464 号,第 195 页。

¹⁷² 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日,纽约),同上,第 1465 卷,第 24841 号,第 85 页。

¹⁷³ 《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979 年 12 月 18 日,纽约),同上,第 1249 卷,第 20378 号,第 13 页。

¹⁷⁴ 《儿童权利公约》(1989 年 11 月 20 日,纽约),同上,第 1577 卷,第 27531 号,第 3 页。

¹⁷⁵ 《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》(1990 年 12 月 18 日,纽约),同上,第 2220 卷,第 39481 号,第 3 页。

问题委员会¹⁷⁶ 和残疾人权利委员会。¹⁷⁷ 这些专家机构发挥各种职能，包括提供意见和解释缔约国根据相关文书承担的义务的性质的范围和范围，例如发表一般性意见，以及在某些情况下审理个人对国家提出的申诉。

126. 特别报告员认为，与私人机构的工作成果不同，由国家创建或国家授权的实体，如上文提到的那些实体，特别是委员会和联合国国际贸易法委员会以及人权条约机构编写的文本应被视为与学说不同。它们的最后产出可能有各种各样的形式，是在官方机构的主持下产生的，通常反映了各国和/或其代表对其工作的参与。必须进一步区分哪些官方隶属机构是由独立专家组成的，哪些是由作为国家代表的人组成的。为本报告的限定目的，这些机构的工作因此不被视为学说。只有不是由国家或组织创建的私人专家组的工作成果才应被视为学说。因此，本报告下一章将分别对它们进行分析，重点是委员会和人权条约机构的工作。鉴于这些机构在国际法的编纂或发展中的正式作用，在众多其他此类机构中，将重点放在这些机构上理所应当。

E. 私人专家机构产出权重的一般评估标准

127. 在这一阶段，剩下的唯一问题是如何评估私人专家机构产出的权重。委员会发现，就所有辅助手段而言，有些因素可能有助于确定其权重。在结论草案 3 中，委员会具体说明了确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准。在这方面，特别报告员回顾了规定使用各种指标评估权重的结论草案的案文。特别报告员认为，委员会为评估辅助手段的权重提供的指导也应适用于评估上文(上文 C.2 节)讨论的私人专家组产出的权重。应决定是否明确提及该结论草案，作为关于私人机构工作产出的拟议结论草案的第 2 段。另一种可能性是在评注中处理如何评估权重的问题。

四. 国家设立或国家授权的专家机构的工作成果

128. 基于上文对私人专家组和公共专家机构的区分，必须审查委员会在这一讨论中的位置。为此目的，“专家机构”这一术语指由各国设立或授权的机构，由各国提名和选举的独立专家组成，以个人身份而非作为国家代表任职。专家机构可以通过条约、决议或其他文书来创建。委员会就是一个这样的例子，它是根据附有其章程的决议创建的。虽然也有一个创建方式类似的机构协助联大推动和逐步发展国际贸易法，但该机构与委员会的不同之处在于它是由各国代表组成的，因此不在本报告讨论的范围之内。¹⁷⁸

129. 本章下一部分讨论各国为协助执行核心人权条约而设立的 10 个人权条约机构的作用。最后，审查了红十字国际委员会的作用，与本节提到的其他机构不

¹⁷⁶ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日，纽约)，同上，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

¹⁷⁷ 《残疾人权利公约》(2006 年 12 月 13 日，纽约)，同上，第 2515 卷，第 44910 号，第 3 页。

¹⁷⁸ 委员会在另一个审查专家机构的专题中也同样排除了联合国国际贸易法委员会等由“国家代表”组成的实体。正如当时(与本专题情况相似)所指出的那样，这类机构的产出构成了这些国家的一种实践形式。

同，该委员会不是国家设立的，而是国家授权的，在武装冲突法领域发挥特殊作用。换言之，它是一个混合机构，由于其特点和作用，可以说自成一类。

A. 委员会的工作成果是辅助手段

130. 第一次报告已经指出，由国家授权或更好的是由国家创建的机构，如委员会，编写的案文，应与“国际法学家的学说”分开考虑。这一点得到委员会委员的广泛支持。一般意见认为，在官方机构的主持下编写的反映了国家和/或国家代表对其工作的参与的文本应具有不同的地位。这类机构的作用及其与各国的互动，使得它们的最后成果与“公法学家学说”有质的不同。当然，其中一些机构可能会产生报告等准备工作资料，这些资料本身可以被归类为“学说”。

131. 要理解委员会的适当位置，就需要简要提及它的双重任务，即协助各国促进(a) 国际法的逐渐发展；和(b) 编纂。《委员会章程》第 15 条进一步界定了任务的两个方面，该条解释说：

为便利起见，“逐渐发展国际法”一语意指：就国际法尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成法律的各项主题，拟订公约草案。¹⁷⁹

相似地：

“国际法的编纂”一语，为使用方便计，意指：更精确地制订并系统整理广泛存在国家惯例、判例和学说的国际法规则。¹⁸⁰

132. 《章程》根据所授权的工作涉及编纂还是逐渐发展，为委员会的工作规定了不同的程序。因此，第 16 和第 17 条涉及逐渐发展，联大或国家转交的提议以及主要机构、专门机构或根据政府间协定成立的官方机构转交的提议在这方面发挥了中心作用。第 18 至 22 条涉及编纂，为委员会的工作规定了不同的程序。在这项工作下，委员会对整个国际法领域进行调查，然后在开始工作之前向联大提出建议，编纂被认为适合的专题。然而，在实践中，委员会未能坚持这一明显的法定区别。从其工作的最初几年到现在都是如此。基本上，它认为，就成功编纂和逐渐发展法律所需的实际工作而言，这种区分过于简单。

133. 下一个相关的法定条款是第 23 条，该条授权委员会向联大提出建议，其中可包括在决议中注意到或通过委员会编写的案文；向各国推荐草案，以期缔结一项公约；或者要求各国召集会议缔结一项公约。最后，第 24 条赋予委员会任务，研究方式和方法，便利各方利用习惯国际法的依据，包括汇编国家惯例以及各国法院和国际性法院关于国际法问题的决定。

134. 根据以上所述，特别报告员可以赞同 B.G. Ramcharan 所描述的委员会工作的三个特点：(a) 委员会在法律制定过程中的作用，即编写条款草案，作为各国今后谈判公约的基础；(b) 委员会作为国家实践的整合者和收集者，甚至是习惯国际法的阐明者的作用，在某些情况下承认这些规则并明确表示它们是习惯国际法；(c) 最后，委员会是一个由受人尊敬的国际法学者组成的机构。¹⁸¹ 因此，

¹⁷⁹ 委员会章程第 15 条(强调是后加的)。

¹⁸⁰ 同上(强调是后加的)。

¹⁸¹ B.G. Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1977).

就国际法渊源而言，委员会的工作可能：会像曾经那样，在其条款草案(已有许多涉及国际法不同分领域的条款草案)的基础上制定《国际法院规约》第三十八条第一款第(子)项所述的具有约束力的公约；或汇集或综合国家实践并形成法律确信，从而促进习惯国际法的发展或阐明一般法律原则(第三十八条第一款(丑)项和(寅)项)，其委员属于“享有崇高声誉专家”，例如其工作至少符合《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所述的“高级公法学家”的资格。

135. 当然，尽管有其官方作用，但像委员会这样的独立专家机构的最后声明不是“司法决定”或“决定”。因此，它们不符合第三十条第一款(卯)项。因此，委员会的产出既不属于决定类别，也不属于学说类别。因此，它属于第三类，很容易满足“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”的标准。由于委员会的产出一般不创造，但有时确实阐明或推导出可以说是对国家有约束力的规则，因此委员会等专家机构的声明可被视为确定国际法规则的第三类辅助手段的组成部分。

136. 委员会 1949 年“关于国际法委员会编纂工作的国际法概览”认为，委员会的一些案文“至少属于《国际法院规约》第三十八条所述权威最高的公法学家的论著类别”，但补充说，“它们的权威要高得多”，部分原因是“联合国的资源”。¹⁸² 著述者同意这一评价，例如 Clive Parry 在 1965 年写到：“其草案，即使采用最不权威的表达形式，也代表了权威最高之公法学家学说”。¹⁸³ Parry 接着指出：

委员会的工作……即使仅被视为起草中的工作或进行中的工作，也具有公法学家的论著通常缺少的两个特点。

首先，它具有国际性……

第二，由于委员会由学识上合格的人组成，他们不是思想封闭的学究……他们代表了“不同国家各种不同利益在学识层面上的对抗”。¹⁸⁴

137. 最近，习惯国际法的识别专题的特别报告员在其工作中，在“学说”或“论著”标题下讨论了委员会的案文，¹⁸⁵ 但这一立场没有得到委员会的认可。¹⁸⁶ 折衷的办法是在关于某些材料对习惯国际法识别过程的意义第五部分的评注中指出，委员会的工作成果“应得到特殊考虑”，¹⁸⁷ 但在关于公法学家的学说的

¹⁸² 题为“关于国际法委员会编纂工作的国际法概览”的备忘录，A/CN.4/1/Rev.1 号文件(联合国出版物，出售品编号 1948.V.1(1))，第 20 段。

¹⁸³ Clive Parry, *The Sources and Evidences of International Law* (Manchester, Manchester University Press, 1965), p. 114.

¹⁸⁴ 同上，另见同上，第 23-24 和 114-115 页。

¹⁸⁵ 关于习惯国际法的识别的第三次报告，《2015 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/682 号文件，第 55-67 段。

¹⁸⁶ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 14 评注，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页。

¹⁸⁷ 关于习惯国际法的识别的结论第五部分评注第(2)段，同上，第 104-105 页。

结论草案中正确地没有提到这些工作成果。¹⁸⁸ 一些著述者认为委员会的工作成果是学说，¹⁸⁹ 另一些人则持相反的观点。¹⁹⁰ 还有一些人似乎不确定。¹⁹¹

138. 对于著述者来说，如何对委员会的工作进行分类可能存在不确定性。但是，尽管存在这些不确定性，国家和其他行为体，如国际法院以及许多常设和特设的国际性和国内法院和法庭的实践是非常清楚的。无论是在诉状中，还是在判决或法律顾问的意见中，他们经常依赖委员会的各种工作成果。

139. 秘书处关于本专题的备忘录中提出的意见 57 确认，法院出于各种目的“多次提及”委员会的工作。¹⁹² 这些目的包括提及委员会确定为习惯国际法一部分的规则或原则，例如，在纸浆厂案等案件中，援引了委员会的国家对国际不法行为的责任条款(国家责任条款)，¹⁹³ 即使这些条款并没有作为条约的正式地位；提及委员会的工作，“作为法院确定国际法的存在或其内容的依据”；¹⁹⁴ 作为进行“其推理”的依据；将委员会的工作作为根据委员会的编写的条款草案进行条约谈判的准备工作，或用作协助解释关于同一主题事项的其他条约的材料。众所周知的例子包括在以下案件中提及委员会的工作成果：在北海大陆架案中提到委员会关于海洋法问题的作品，¹⁹⁵ 在尼加拉瓜案中提到关于条约法条款草案；¹⁹⁶

¹⁸⁸ 结论 14 评注，同上，见第 110 页。

¹⁸⁹ 例如 Michael Wood, “Teachings of the most highly qualified publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute)”, *Max Planck Encyclopedia of International Law* (2017), para. 11; American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3d ed. (Philadelphia, Pennsylvania, American Law Institute Publishers, 1987), p. 38; Fernando Lusa Bordin, “Reflections of customary international law: the authority of codification conventions and ILC draft articles in international law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2004), pp. 535–568, at p. 537.

¹⁹⁰ Gerald Fitzmaurice, “The contribution of the Institute of International Law to the development of international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973), pp. 203–260, at p. 220.

¹⁹¹ André Oraison, “L’influence des forces doctrinales académiques sur les prononcés de la C.P.J.I. et de la C.I.J.”, *Revue Belge de droit international*, vol. 32 (1999) pp. 205–236, at p. 208; John Dugard and Dire Tladi “Sources of international law”, John Dugard *et al.* (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (Cape Town, Juta & Company, 2018), pp. 28–56, at pp. 47–48; 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 (2013), pp. 649–661, at pp. 656–657.

¹⁹² A/CN.4/765, 意见 57, 第 125 段。

¹⁹³ 委员会通过的条款及其评注载于《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段。另见联大 2001 年 12 月 12 日第 56/83 号决议，附件。

¹⁹⁴ A/CN.4/765, 意见 57, 第 125 段。

¹⁹⁵ 北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

¹⁹⁶ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 130)，第 190 段。

在国家的管辖豁免案¹⁹⁷ 中，评估习惯国际法的地位是否在严重侵犯人权或违反武装冲突法的情况下取消国家豁免；某些伊朗资产案¹⁹⁸ 和锡拉拉河案。¹⁹⁹

140. 同样，根据秘书处第二份备忘录中提出的意见 84 至 86，²⁰⁰ 国际海洋法法庭在确定国家责任规则、解释与海洋法有关的条约的案文或确定习惯国际法时，多次提到委员会的工作，例如在“赛加羚羊”号轮案(第 2 号)、国家对区域内活动的责任和义务咨询意见以及“Norstar”号案²⁰¹ 中。为简洁起见，鉴于报告需要涵盖大量未决问题，特别报告员没有列入这些摘录，并鼓励各位委员在秘书处第二份备忘录的相关部分查阅这些摘录。

141. 委员会在一次可能感到不舒适的谈话中，对自己的工作成果提出了看法。根据其任务规定，委员会不认为其最终产出是学说，更不是司法决定。但是，鉴于上文所述，委员会并没有试图以一种可能看起来不得体和自私的方式自己的工作赋予价值。因此，在指出其本身的工作可能值得特别考虑时，委员会提到“国际法院和其他法院和法庭”赋予其学术产出一定的权威性并不奇怪。这是一个正确的方法，表明其评估是基于问题的实质和其他各方的观点，而不是声称自己具有特殊地位。

142. 在这方面，委员会在关于习惯国际法的识别的结论第五部分的一般性评注中谈及了这一问题。²⁰² 委员会提到，其本身独特的授权任务是协助各国逐步发展和编纂国际法、作为联合国大会的一个附属机构的地位、全面的工作方法与与联大的密切互动等相关的考虑因素(尽管从其工作成果中得出的最终权重将取决于若干其他因素)。

143. 其审议进程的最后结果，无论是条款草案、原则草案还是结论草案，往往被来自政府、法律界、学术界以及法院和法庭等各部门的国际律师赋予一定的权威。国际法领域普遍提及委员会的工作，有时甚至不区分最后工作成果和筹备报告，也不区分通过的条款草案及其评注。

144. 最后，与其他辅助手段一样，在评估赋予委员会工作的权重时，应考虑到结论草案 3 中一般标准所列的同样因素。该机构及其任务的普遍性、所采用的推理的质量、委员会委员的专门知识和全球代表性、委员之间的一致程度以及各国和其他实体对委员会工作的接受程度(无论是单独还是在联大)都是应当考虑的重要因素。工作的阶段以及审查的是委员会的工作还是其特别报告员或工作组的工作。

¹⁹⁷ 国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。

¹⁹⁸ 某些伊朗资产案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，判决，《2023 年国际法院案例汇编》，第 51 页。

¹⁹⁹ 关于锡拉拉河水域地位和使用问题的争端案(智利诉玻利维亚)，判决，《2022 年国际法院案例汇编》，第 614 页。

²⁰⁰ A/CN.4/765，意见 84-86，第 197-205 段。

²⁰¹ “赛加羚羊”号轮案(第 2 号)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，判决，《海洋法法庭 1999 年报告》，第 10 页，“Norstar”号案(巴拿马诉意大利)，判决，《海洋法法庭 2018-2019 年报告》，第 10 页。

²⁰² 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 104-105 页。

作，以及国家投入的水平及其在国际社会中的代表性也很重要。联大关于最后成果的决定和就该专题所作的声明也是相关的。

B. 人权条约机构的工作是辅助手段

145. 有 10 项涉及人权的普遍性核心条约，反映了在现已牢固地成为习惯国际法的一部分的 1948 年《世界人权宣言》通过后，一系列具有约束力的法律的重大制定过程。这些人权“条约机构”²⁰³ 是第二次世界大战后国际法律架构的基本组成部分，这是 1920 年法学家咨询委员会第三十八条的起草者所无法预见的。这些条约大多要求各国采取措施履行义务，其中一些条约涉及一般人权，如《公民及政治权利国际公约》，另一些具体人权，如《消除一切形式种族歧视国际公约》或《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》。²⁰⁴ 这些机构由独立专家组成，充当条约监测员，履行各自文书规定的一系列职能。

146. 在上述背景下，委员会讨论这些机构产生的各种产出能否被视为确定国际法规则的辅助手段的问题的时机已经成熟，因为国际律师几十年来一直在研究这些产出的地位问题。大量文献评估了这些机构发表的结论性意见、意见和一般性评论的法律效力。委员会本身在“对条约的保留”²⁰⁵ 和“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践”²⁰⁶ 专题中审议并通过了关于保留的指南和关于此类机构的声明的结论。在后一个专题中，委员会澄清了此类机构的工作成果与 1969 年《维也纳公约》第三十二条所述补充解释手段，特别是与《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项之间的联系。已经确定的是，两者都是在确定或适用国际法规则时可以使用的材料。

147. 首先要指出的一点是，人权条约机构开展了一系列活动。虽然它们的条约规定和工作方法可能有所不同，但一般而言，它们都审议缔约国的报告，并提出结论性意见，而许多机构处理针对根据相关公约或其议定书选择接受此类程序的国家提出的个人来文或申诉，并发表一般性意见，解释国家的义务。正如委员会过去所指出的，意见、建议、评论或措施等各种术语与判例和产出等其他术语一起被用来描述这些机构的工作成果。经过仔细审议，决定使用“声明”一词。

²⁰³ 这些实体普遍被如此称呼。然而，准确地说，它们的条约称它们为“委员会”。

²⁰⁴ 特别报告员指出，虽然他选择以人权条约专家机构为重点，但国际法中还有其他条约在区域和国际层面设立了专家机构。主要的例子包括《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页)下设立的大陆架界限委员会和《联合国气候变化框架公约京都议定书》下的履约委员会(1997 年 12 月 11 日，京都，同上，第 2303 卷，第 30822 号，第 162 页)。在这方面，见《联合国海洋法公约》和《公约》附件二，第七十六条第八款，以及 2001 年 10 月 29 日至 11 月 10 日在马拉喀什举行的缔约方会议第七届会议报告，增编，第二部分：缔约方会议采取的行动，第三卷(FCCC/CP/2001/13/Add.3)(尽管是根据《京都议定书》第十八条所内含的规定设立的)。这些机制也可能存在于区域一级。在区域一级，例如在非洲，1990 年 7 月 1 日通过的《非洲儿童权利与福利宪章》(亚的斯亚贝巴；可在非洲委员会网站 <https://au.int/> “条约”项下查阅)为于 1999 年 11 月 29 日设立非洲儿童权利与福利问题专家委员会提供了基础。

²⁰⁵ 见《对条约的保留实践指南》。委员会通过的《指南》及其评注转载于《2011 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 75 段；同上，第二卷(第三部分)。另见联大 2013 年 12 月 16 日第 68/111 号决议，附件。

²⁰⁶ 见关于嗣后协定和嗣后实践的结论，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 51 段。

148. 对条约机构的各种产出如何定性一直存在争议。就目前的目的而言，一个关键问题是，作出裁定的委员会以基本上对抗式的方式处理个人申诉所发布的决定是否构成司法决定、决定或准司法决定。

149. 特别报告员在第一次报告中提出，“‘司法决定’一词应理解为法院的判决、决定或裁定”。他还建议，“决定”一词可以包括临时或常设的仲裁小组作出的决定。具体而言，他认为，人权事务委员会等条约机构的个人申诉程序作出的决定构成“准司法决定”。²⁰⁷ 这些产出与法院决定有某些共同特征，因为它们之前往往有对抗式程序，由以个人身份行事的法律专家组成的独立和公正的机构决定，并适用法律而不是衡平法。

150. 国际法协会在解释“决定”一词和“法院和法庭”的含义时，对这一方法给与了支持。它认为，人权领域的“司法机构”是非洲、欧洲和拉丁美洲的三个人权法院，而“准司法机构”“包括十个[联合国]人权条约委员会以及美洲和非洲系统的区域委员会”。²⁰⁸

151. 一般性意见可能受到条约规定和判例的启发，可能与决定或准司法决定具有某些共同特征。在某些方面，它们在本质上更接近学说，因此可能具有不一定属于一个类别的双重特征。委员会在最近的一个专题中研究了描述条约机构产出的各种方式后，得出结论认为，更好的措辞是使用“声明”一词，并解释如下：

各项条约采用不同的用语来指称专家条约机构不同形式的行动，例如，“意见”、⁵⁸² “建议”、⁵⁸³ “评论”、⁵⁸⁴ “措施”⁵⁸⁵ 和“后果”。⁵⁸⁶ 为本结论草案的目的，结论草案 13 采用了“声明”这一一般性用语。⁵⁸⁷ 该用语涵盖了专家条约机构所有有关的事实性和规范性评估。对某些机构使用的其他一般性用语包括“判例”⁵⁸⁸ 和“产出”。⁵⁸⁹ 这些用语有的太狭隘，给这类机构的产出赋予了特定的法律意义，有的则太宽泛，涵盖了专家条约机构的任何行为，均不适合本结论草案的目的，本结论草案旨在适用于范围广泛的各类专家条约机构。²⁰⁹

⁵⁸² 《公民及政治权利国际公约》，第四十二条第七款(寅)项；《公民及政治权利国际公约任择议定书》，第五条第四款；《经济、社会、文化权利国际公约任择议定书》，第九条第一款。

⁵⁸³ 《消除一切形式种族歧视国际公约》，第九条第二款；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第二十一条第 1 款；《儿童权利公约》，第四十五条(d)项；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第三十三条第五款；《联合国海洋法公约》，第七十六条第 8 款。

²⁰⁷ A/CN.4/760, 第 273 段。

²⁰⁸ International Law Association, International Human Rights Law Committee, “Final report on international human rights law and the International Court of Justice (ICJ): the domestic implementation of judgments/decisions of courts and other international bodies that involve international human rights law”, *Report of the Seventy-seventh Conference held in Johannesburg, 7–11 August 2016* (2017), at para. 3.

²⁰⁹ 见关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论的结论 13(专家条约机构的声明)评注第(6)段，《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 52 段，第 85 页。

⁵⁸⁴ 《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》，第 19 条第 3 款；《公民及政治权利国际公约》，第四十条第四款；《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》，第 74 条。

⁵⁸⁵ 《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》缔约方会议第一次会议通过的关于审查履约情况的第 I/7 号决定……附件，第 36-37 段；1961 年《麻醉品单一公约》，第十四条。

⁵⁸⁶ 关于与《联合国气候变化框架公约京都议定书》规定的履约有关的程序和机制的第 24/CP.7 号决定……，附件，第十五节。

⁵⁸⁷ 《2015 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 26(b)段；另见国际法协会，“关于联合国人权条约机构调查结果影响的最后报告”，《……第七十一届会议报告》，第 626-627 页，第 15 段；通过法律实现民主欧洲委员会(威尼斯委员会)，“关于国内法中国际人权条约执行情况和法院作用的报告”(CDL-AD(2014)036)，威尼斯委员会第 100 届全体会议(2014 年 10 月 10 日至 11 日，罗马)通过，第 31 页，第 78 段。

⁵⁸⁸ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，2010 年 11 月 30 日的判决，《2010 年国际法院案例汇编》，第 639 页起，见第 663-664 页，第 66 段；Rodley, “The role and impact of treaty bodies” …, p. 640; A. Andrusevych and S. Kern (eds.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004–2014)*, 3rd ed., Lviv, Resource and Analysis Center “Society and Environment”, 2016; and “Compilation of findings of the Aarhus Convention Compliance Committee adopted 18 February 2005 to date”, 可查阅 www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Compilation_of_CC_findings.pdf。

⁵⁸⁹ R. Van Alebeek and A. Nollkaemper, “The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law”, in H. Keller and G. Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 356–413, at p. 402; Rodley, “The role and impact of treaty bodies” …, p. 639; K. Mechlem, “Treaty bodies and the interpretation of human rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42 (2009), pp. 905–947, at p. 908.

152. 虽然上述结论中使用的定义只是为了关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论的目的，但本特别报告员不建议在本专题中偏离这一方法。本专题显然涉及一个不同的问题。尽管如此，鉴于上文提到(并在本报告的单独一章中阐述)的《国际法院规约》第三十八条和 1969 年《维也纳公约》第三十二条之间的联系，两者之间有着密切的联系。就实质内容而言，较宽泛的表述的主要优势是，“声明”一词是一个中性词，涵盖了“专家机构所有有关的事实性和规范性评估”。在国家实践以及国际法院和法庭的判例中使用这些材料，无论是条约机构的决定还是一般性意见，都反映了它们在确定国际法规则方面的实际作用。因此，将这一术语改为声明之外的其他名称与被可能引起的法律不确定性可能带来的潜在负面后果相比似乎弊大于利。此外，各国和委员会工作的其他用户已经熟悉这一用于。

C. 红十字国际委员会：自成一类？

153. 特别报告员的第一次报告简要讨论了红十字会的独特性质。在关于本专题的第一次和第二次辩论中，委员会一些委员也对这一问题发表了深思熟虑的评论。

154. 在第一次报告中，特别报告员将红十字委员会作为一个私人机构的例子，该机构也由国家授权履行某些职责，并从与国家的话和/或密切互动中受益。²¹⁰

155. 用正式的术语来说，红十字委员会被描述为具有“混合性质”，²¹¹ 是一个在瑞士注册的“私人协会”，但其“职能和活动”是“由各国组成的国际社会授权的”。²¹² 这种混合性质源于这样一个事实，即虽然它不是由国家创建的，但它由国家授权履行一些特殊职能，并且似乎在其职权范围内享有某种特权地位。

156. 秘书处的第一份和第二份备忘录中有许多委员会和国际法院、特设和常设国际刑事法庭等其他国际机构、区域和国内法院和法庭，以及学者论著赞同引用红十字国际委员会各种工作成果和产出的例子。红十字国际委员会的工作具有权威性。

157. 在武装冲突法方面，红十字国际委员会发挥着重要作用；其众多贡献之一是编写了具有里程碑意义并被广泛引用的皮克泰评注，许多国际法院和法庭认为这些评注“分量很重”，往往是首选和唯一的来源。²¹³ 也许更重要的是，在国家实践中广泛依靠这些评注，包括构成国家实践的国家军事手册。同样，红十字国际委员会对附加议定书的其他评注也被证明具有一些影响，并有助于澄清国家在武装冲突法中的义务。一项更为敏感但仍具有重要意义的工作是，红十字国际委员会专家努力对国家实践进行深入研究，编写了重述习惯国际人道法的著作。²¹⁴ 虽然该著作像其他工作成果一样，既有赞扬也有批评，但实践表明，在解释和确定规则的过程中，这些材料或其某些方面被广泛使用。

158. 国家在红十字国际委员会案文的制定方面几乎鲜有作用。²¹⁵ 作为起点，红十字委员会提出的案文可以被称为“国际法专家的学说”。²¹⁶ 这是英国上诉法院在 *Serdar Mohammed* 等诉国防大臣案中所持的观点，该法院在此案中认为，“红十字委员会的机构观点也可视为‘各国最资深的国际法学家的学说’，因

²¹⁰ A/CN.4/760, 第 327 段, 援引 *Prosecutor v. Tadić, et al., Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, Appeals Chamber, Judicial Reports 1994–1995, vol. I, p. 353, at para. 109.*

²¹¹ Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC, 17 February 2004.

²¹² 同上; 同样见 Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), pp. 204–205.

²¹³ 见 Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87 (2005), pp. 175–212. 另一方面, 考虑到专家机构的工作与各国之间的动态互动, 红十字国际委员会研究的某些方面不一定得到所有国家的接受。例如见 John B. Bellinger, III and William J. Haynes II, “A US Government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), pp. 443–471; and Jean-Marie Henckaerts, “*Customary International Humanitarian Law: a response to US comments*”, *International Review of the Red Cross*, vol. 89 (2007), pp. 473–488.

²¹⁴ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vols. I and II (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

²¹⁵ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law*, p. 205.

²¹⁶ Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar, 2012), p. 115.

此，它们可作为确定国际法规则的辅助渊源：《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项”。²¹⁷ 如果接受这一解释，那么红十字委员会的案文就像其他学说一样，可以启发或鼓励国家采取某些行动，例如参与可能具有法律效力的缔约方嗣后实践。然而，任何此类决定都不是源自采取这种做法的特别授权或法律义务。

159. 红十字国际委员会在历史上和当代都在武装冲突法的发展中发挥了重要作用。²¹⁸ 然而，从纯技术角度来看，一些国家和学者质疑日内瓦四公约及其附加议定书一般性提及红十字国际委员会是否赋予了该机构作为武装冲突法守护者的正式地位，如果是，这是否超出了作为一个主管人道主义援助组织的实际例子的作用，可以在这方面赋予它某些责任。一些作者，包括与红十字国际委员会本身有联系的专家，认为红十字国际委员会具有这样的作用，而另一些人则认为，确认相关条约赋予红十字国际委员会“解释或确定[国际人道法]规则任何权限”的证据不足。²¹⁹ 一些国家(尽管为数不多)表示，它们对红十字委员会有权“权威性地解释 1949 年日内瓦四公约及其附加议定书”的解释感到不安。²²⁰ 它们接着指出，该机构没有权力发布对战时法条约的“有约束力的解释”。²²¹

160. 尽管如此，就本专题而言，问题不在于红十字委员会的案文，包括其解释性指南，是否构成对法律的有约束力的解释。问题实际上在于，从国家授权但独立行事的专家机构的工作意义上来说，它们是否可以成为有用的材料，用于研究问题，并可能为解释《国际法院规约》第三十八条第一款中的法律渊源提供有用的内容。

D. 拟议结论草案 10——公共专家机构的声明

161. 特别报告员考虑到作为国家创建和国家授权的机构的委员会和红十字国际委员会的工作成果，建议委员会在其先前工作的基础上提出一项结论草案，阐述作为确定国际法规则的辅助手段的专家机构的声明。他认为，像先前列入“任何其他手段”类别的几项结论草案一样，可能需要一定程度的一致性。这将要求委员会通过一项由三段组成的结论草案，与关于国际组织或政府间会议的决议的结论草案一样，首先在第一段提出一个一般性论点。接下来的一段评估此类工作成果的权重。最后，在最后一段中列入一个“不妨碍”条款，承认专家机构的声明

²¹⁷ *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, para. 171.

²¹⁸ 红十字国际委员会被赋予了很高的权威，例如前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在 *Tadić* 案中关于辩方就管辖权问题所提中间上诉动议的裁定(见上文脚注 210)第 109 段所做的那样(“众所周知，红十字国际委员会一直非常积极地促进国际人道法的发展、执行和传播。从与我们有关的角度，即关于国内武装冲突的习惯规则的出现这一角度来看，红十字国际委员会通过呼吁武装冲突各方尊重国际人道法作出了显著贡献……这表明红十字国际委员会促进和推动了将人道法一般原则扩大至国内武装冲突的工作。因此，红十字国际委员会在促使遵守国际人道法方面所取得的实际成果应被视为实际的国际惯例的一个要素；这是一个在习惯规则的出现或形成过程中起显著作用的要素”)。

²¹⁹ Linus Mührel, *The Authority of the International Committee of the Red Cross: Determining What International Humanitarian Law Is* (Leiden, Brill, 2024), pp. 37 and 48–49.

²²⁰ 见美国关于一读通过的与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论草案的结论草案 5 的评论，载于 A/CN.4/712，第 15 页。

²²¹ 同上。

有其他目的，委员会先前在其他专题的工作中已经确定了这一点。拟议结论草案中使用的措辞以委员会先前通过的案文为基础，纳入所有要素。

162. 考虑到上述分析，特别报告员在委员会先前工作的基础上，提出以下结论草案：

结论草案 10

公共专家机构的声明

1. 专家机构的声明可作为确定国际法规则的存在及内容的辅助手段。
2. 在评估第 1 段所述声明的权重时，需酌情考虑结论草案 3 所列标准。
3. 按第 1 段和第 2 段所述将专家机构的声明用作确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。

五. 国际组织和政府间会议的决议

163. 如前几章所述，虽然《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项提供了一个起点，但它不一定是详尽无遗的，而且自其起草以来，国内和国际法院和法庭的实践已经发生了很大变化。在这方面，国际组织的决议能否被视为确定国际法规则的辅助手段是一个值得认真考虑的问题。正如特别报告员在其第一次报告中所指出的，文献中经常出现这个问题，²²² 这表明有必要对这个问题进行透彻的分析。

164. 特别报告员以前曾指出，国际法庭在实践中审查了《国际法院规约》第三十八条第一款所列传统法律渊源以外的国家义务渊源。他特别指出，“国际法中国家义务的两个最常提到的现代渊源是国家的单方面行为/声明和/或国际组织的决议”。²²³ 这一观点突出表明，在审查辅助手段的作用时，有必要审议国际组织决议的作用，因为这些决议有可能作为确定国际法规则的一部分，用于确定和证明国家的义务。决议可以与其他辅助手段(即法院和法庭的决定²²⁴ 以及学说²²⁵)一起，在确定习惯国际法规则的存在及内容或推动其发展方面发挥作用，²²⁶ 这一直是委员会和各国都感兴趣的问题。

165. 在第一次报告的全体辩论中，一些委员会委员普遍支持审查国际组织的决议，此后，特别报告员表示打算在第三次报告中处理国际组织的决议问题。²²⁷ 在 2023 年联大期间第六委员会就该专题进行第一次辩论后，他重申了这一立场。²²⁸

²²² A/CN.4/760, 第 18 段。

²²³ 同上，第 49 段。

²²⁴ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 13 及其评注，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109-110 页。

²²⁵ 结论 14 及其评注，同上，见第 110 页。

²²⁶ 结论 12 第 2 段及其评注，同上，第 66 段，第 107-109 页。

²²⁷ A/CN.4/760, 第 49 段。

²²⁸ A/C.6/78/SR.33, 第 73 段。

166. 委员会 2022 年第七十三届会议注意到，一些委员支持将国际组织的决议作为其他辅助手段。²²⁹ 这一立场反映了一种观点，即这些决议虽然没有被明确列为法律渊源，但在确定国际法规则方面可能发挥作用，而不仅仅是其他渊源的证据。这一观点与特别报告员的以下意见一致，即国际法庭在实践中审查了《国际法院规约》第三十八条第一款所列传统法律渊源以外的国家义务渊源。

167. 然而，委员会还注意到，另外一些委员认为，国际组织的决议可以作为习惯国际法等其他渊源要素的证据，但本身不是辅助手段。²³⁰

168. 关于这一点，特别报告员认为，同国内法院的决定一样，决议没有理由在实践中无法发挥双重作用，决议既可以作为确定源自既定渊源的法规则时考虑的要素，也可以作为确定这种规则的辅助手段。²³¹ 特别报告员在其第二次报告中指出，“多数委员支持进一步分析国际组织的某些决议和决定，以及私人 and 公共专家机构的工作成果”，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”。²³²

169. 委员会在 2024 年第七十四届会议上再次注意到，一些委员支持将国际组织的决议列入其他辅助手段，而另一些委员则认为这些决议只能作为其他渊源的证据。²³³

A. 国际组织的决议在委员会工作中的地位

170. 委员会以前曾在关于国际法渊源的工作中讨论过国际组织决议的作用，最突出的是在关于习惯国际法的识别的工作中。委员会还审议了确定国际法规则的辅助手段问题，尽管并未具体针对决议进行审议。在关于习惯国际法的识别的工作中，委员会澄清说，通过的结论旨在解释习惯国际法规则的识别方法，而不是试图解释习惯国际法与《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法其他渊源之间的关系。²³⁴ 这意味着委员会没有列出一份详尽无遗的辅助手段清单，而是侧重于司法决定和学说。²³⁵ 在关于一般法律原则的工作中采取了类似的办法，委员会也没有提供一份详尽无遗的辅助手段清单。²³⁶

171. 然而，委员会先前的工作，特别是其关于习惯国际法的识别的结论方面的工作，为理解国际组织决议作为潜在辅助手段的潜在作用提供了进一步的背景。²³⁷

²²⁹ A/78/10, 第 88 段。

²³⁰ 同上, 第 121 段。

²³¹ 同上。

²³² A/CN.4/769, 第 26 段。

²³³ A/79/10, 第 296 段。

²³⁴ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 1 评注第(6)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 93 页。

²³⁵ 结论 13 和 14 的评注，同上，见第 109-110 页。

²³⁶ 特别报告员马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯关于一般法律原则的第二次报告，A/CN.4/741 和 Corr.1, 第 72 段；特别报告员马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯关于一般法律原则的第三次报告，A/CN.4/753, 第 84 段。

²³⁷ 关于习惯国际法的识别的结论，总评注第(4)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 92 页。

虽然这些结论没有直接阐述国际组织的决议是否可被视为辅助手段的问题，但它们涉及到了决议与国际法的既定渊源，即习惯国际法²³⁸ 和一般原则²³⁹ 的关系。

172. 关于习惯国际法的识别的结论的结论 4 第 2 段承认，在某些情况下，国际组织的实践也有助于习惯国际法规则的形成或表达。因此，在某些情况下，国际组织在发展国际法方面可能有一定程度的能动性，而不仅仅是作为发展国家实践的论坛。该结论的评注澄清说，它主要指的是欧洲联盟等受国家委托行使自己权限的国际组织的实践。它还澄清，国际组织内由国家代表组成的机关的惯例应被评估为这些国家的惯例。这一结论谨慎限定的措辞，特别是“在某些情况下”一语，表明国际组织的实践并不自动与习惯国际法的形成相关，需要进行认真、逐案评估。²⁴⁰

173. 结论 10 阐述被接受为法律的证据形式(法律确信)。本项结论第 2 段提供了这类形式的非详尽清单，包括“与国际组织通过的或在政府间会议上通过的决议有关的行为”。结论 10 评注第(6)段详细阐述了这一点，指出多边草案和外交进程可提供关于国家的法律信念的宝贵和可获取的证据。评注第(7)段澄清，第 2 段比照适用于国际组织的被接受为法律(法律确信)的证据形式。这意味着国际组织在决议方面的行为也可以作为它们自己接受某项规则为法律的证据，只要这种接受与习惯国际法的识别相关。²⁴¹

174. 结论 12 具体论述了国际组织和政府间会议的决议在习惯国际法的识别方面的作用。这项结论的第 1 段指出，决议“本身并不能创立一项习惯国际法规则”。然而，第 2 段承认，决议“可为确定一项习惯国际法规则的存在及内容提供证据，或促进其发展”。这一表述承认决议在识别习惯国际法的过程中可以发挥重要作用，即便它们本身不是法律渊源。第 3 段进一步澄清，“如果能够确定”决议中的某项规定“与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可反映一项习惯国际法规则”。²⁴²

175. 最后，结论 13 和 14²⁴³ 分别阐述法院和法庭的决定和学说，与国际组织的决议问题没有直接关系。然而，它与关于确定国际法规则的辅助手段的更广泛讨论相关，因为它为如何使用这些手段提供了指导。

176. 这两项结论都没有述及国际组织的决议，这一事实可能被视为委员会不认为这些决议与司法决定和学说一样是辅助手段的证据。然而，必须指出，委员会当时并不关心确定一份详尽的辅助手段清单。它只关心第三十八条第一款(卯)项中提到的这两种辅助手段如何与习惯国际法规则的识别或确定相关。

177. 因此，正如现任报告员在多个场合所强调的以及委员会着手进行本项研究的决定所确认的那样，委员会在那些问题上的结论应被理解为不妨碍决议可能以

²³⁸ 同上。

²³⁹ 结论 1 评注第(6)段，同上。

²⁴⁰ 结论 4 的评注，同上，第 96-98 页。

²⁴¹ 结论 10 的评注，同上，第 98-99 页。

²⁴² 同上，第 65 段。

²⁴³ 同上。

其他方式用于识别习惯国际法的可能性，正如先前的结论所确认的那样——具体而言，作为辅助手段。

178. 委员会关于一般法律原则的工作也得出了类似的结论。特别报告员关于该专题的第二次报告澄清说，特别报告员认为，委员会应避免讨论与其他国际法渊源有关的事项，这些事项最好单独处理。²⁴⁴ 这表明，委员会在一般法律原则的背景下处理辅助手段的方法并不打算做到详尽无遗，从而留下了国际组织的决议等其他材料也可以作为辅助手段的可能性。

179. 这一解释在该特别报告员第三次报告中得到了进一步支持，其中明确阐述了国际组织决议在一般法律原则方面的作用。²⁴⁵ 虽然报告没有直接将决议等同于司法决定和学说，但它承认这种决议可能与识别一般法律原则，特别是在国际法律体系内形成的一般法律原则有关。²⁴⁶ 报告指出，决议可以是证明一项原则在国际一级得到承认的要素之一，尽管仅凭一项原则存在于国际文书中并不足以将其确立为一般法律原则。²⁴⁷

180. 这表明，国际组织的决议可以在识别一般法律原则方面发挥作用，其方式类似于它们在识别习惯国际法方面的作用，尽管并不完全相同。它们可以作为一项原则得到承认的证据，尽管不是决定性证据，就像它们可以提供关于习惯形成的国家实践和法律确信的证据一样。因此，正如在习惯国际法的识别的背景下得出的结论一样，在一般法律原则的背景下没有明确提到决议是辅助手段这一事实也不应被视为决议不具这种作用的确凿证据。

B. 国际组织决议的法律意义及其作为辅助手段潜在作用

181. 因此，围绕国际组织决议作为可能的辅助手段进行的辩论不仅仅涉及这些决议是否具有相关性，而是涉及这些决议如何具有相关性。正如本特别报告员所指出的，所涉问题是国际组织决议是否确定法律规则的直接手段(与司法决定和学说并无不同)，或者这些决议是否只是起到一种证据作用。这一区分很重要，因为这一区分影响到使用这些材料的过程，以及在确定国际法规则时应给予这些材料的权重。

182. 这就需要了解“辅助手段”的作用是否以及如何有别于作为其他来源(特别是习惯国际法)证据的材料。在考虑到国际组织决议的潜在作用时，这一挑战尤其突出。仅仅承认这些决议与确定国际法规则有关是不够的。相反，有必要分析这些决议是否以及如何作为辅助手段，而不仅仅是作为国家实践或法律确念的证据。

183. 之所以出现困难，是因为国际组织决议与其他材料一样，可用于这两种目的。例如，正如委员会在其先前工作中所承认的(所持立场没有受到各国质疑)，大会谴责某一特定做法的一系列决议，如果得到一致的国家实践和法律确念的支

²⁴⁴ A/CN.4/741, 第 121-130 和第 165 段。

²⁴⁵ A/CN.4/753.

²⁴⁶ 同上, 第 31 段。

²⁴⁷ 同上, 第 32 段。

持，可以被用作出现禁止这种做法的习惯国际法新规则的证据。²⁴⁸ 在这种情况下，决议是规则制定过程的一部分，有助于形成新的习惯规则。解释《联合国宪章》具体条款的决议可作为嗣后惯例用于条约解释，以澄清该条款的范围和适用。

184. 理解这一区别的关键在于《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项中的“确定法律规则”一语。该语表明，辅助手段本身并不是法律渊源，而是用来确定从主要渊源中产生的规则的内容和范围的工具。

185. 这种区别也与材料的权威性有关。决议作为习惯证据的意义源于其作为替代工具在评估国家实践和法律确信方面的作用多大。然而，辅助手段的权威可能来自其他考虑，例如迄今为止在司法决定和学说方面提出的考虑。因此，可能会产生这样的问题：国际组织决议的意义是来自国家的集体意愿(作为习惯的证据)，还是来自组织本身的任务、代表性、专门知识和分析(作为辅助手段)。决议通过的背景、表决方式和对投票的解释都与评估此类决议的权重有关。

186. 此外还有一些其他复杂因素。例如，如果决议被认为是义务的独立来源，比如说安全理事会决议，根据《联合国宪章》第七章的规定，对各国具有强制性，那么这些决议是否仍然可以像司法决定和学说那样被视为“附属”性质？要回答这个问题，需要审查“辅助”性质的概念，并分析决议是否实际上被用作辅助手段。

C. 使用辅助手段的区别

1. 辅助性与一般证据

187. “辅助手段”一词是指这些材料在阐明现行法律和提供有关证据方面的辅助作用，而不是其本身成为国际法的渊源。在这方面，第一次报告中所采取的办法值得回顾：

……如果决定处理上述问题之一，例如国际组织决议的地位，则必须将这种辅助手段与作为证明规则或规则要素存在的证据的渊源加以区分。虽然这一问题可酌情在今后的报告中讨论，但在现阶段提出若干要点可能会有帮助。

……可使用条约集来显示条约的存在。将条约集称为确定国际法规则的辅助手段是不正确的。条约集本身在条约解释方面不起任何作用。与此相反，确定国际法规则的辅助手段是用于确定其关于法律的观点的内容、质量和说服力的手段。例如，它们可能有助于对条约的解释。

……不具约束力的决议和类似文件可用作习惯法规则或一般法律原则存在的证据。它们也可能被用于它们关于一般法律原则的观点的内容、质量和说服力。特别报告员关于一般法律原则的第一次报告承认，为了“确定一项一般法律原则，需要仔细审查表明该原则已得到承认的现有证据”。第二次报告指出，“在确定国家法律制度共同原则的存在和内容

²⁴⁸ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 12 及其评注，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 107-109 页。

时，也考虑到了(司法判例和公法学家的学说以外的)“其他类型的材料”，例如公共和私人的编纂倡议”。

……在结束本节时，辅助手段的定义不仅取决于文书的类型，而且取决于它们在特定案件中的适用情况。任何渊源、文书或案文，无论是否具有约束力，只要能激发法律辩论，都可用作确定特定案件法律规则的辅助手段。与此同时，一项有可能被用作辅助手段的文书也可能被用作证明国际法规则存在的证据。²⁴⁹

188. 材料作为习惯法的证据时，直接表明国家实践或法律确信的存在。相反，当作为辅助手段时，它们协助“收集、综合或解释与识别习惯国际法有关的惯例”。²⁵⁰ 这些手段的辅助性质并不削弱其实际重要性。相反，这澄清了这些手段在识别过程中的方法作用。正如一条著名的解释所称，查阅这些材料“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”。²⁵¹

189. 在审查裁决者如何评价这些材料时，证据作用和辅助作用之间的区别特别明显。在作为辅助手段使用时，重点是其系统收集和分析实践的能力，而不是其权威本身。²⁵² 这反映在美国上诉法院的意见中，其中认为，此类材料“仅在基于对国家过去惯例的事实和准确描述的情况下”才能提供国家实践的证据。²⁵³

190. 鉴于这些手段的辅助性质，查阅这些手段不应免除审查其他证据的必要性。它们是“需要考虑的材料之一”，而不是最后决定因素。²⁵⁴ 这一办法确保习惯规则的确定仍然立足于国家实践和法律确信，同时受益于这些辅助手段所能提供的系统分析。

191. 国际组织或政府间会议通过的决议可以若干方式作为习惯国际法的直接证据。第一，表决模式和对投票的解释可表明参与国的法律意见。²⁵⁵ 第二，决议本身可能记录了实际的国家实践，正如大会 2020 年 12 月 16 日第 75/183 号决议所说明的那样，其中记录了“许多国家正在暂停”死刑的“事实”。第三，在谈判和通过过程中所作的声明可以证明各国对习惯规则的存在及其内容的看法。

²⁴⁹ A/CN.4/760, 第 375-378 段。

²⁵⁰ 关于习惯国际法的识别的结论，第五部分评注第(1)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 104 页。作为辅助手段的司法裁决的一个例子，见 International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 September 2009, para. 277, 其中法庭强调，来源的证据权重取决于“其中的结论是否得到证据和习惯分析的支持”。

²⁵¹ *The Paquete Habana and The Lola*, United States, Supreme Court 175 US 677 (1900), at p. 700, 被关于习惯国际法的识别的结论，结论 14 评注第(3)段所引用，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页。

²⁵² Omri Sender and Michael Wood, *Identification of Customary International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2024), pp. 268–269.

²⁵³ 同上，第 269 页。

²⁵⁴ 同上，第 253 页。

²⁵⁵ 同上，第 241-242 段。

2. 决议作为辅助手段？

192. 与这一证据作用不同，决议可通过提供系统分析和确切的规则制定，在确定习惯国际法规则方面发挥辅助作用。当决议重申现行习惯法时，这一点尤其明显。²⁵⁶ 在这种情况下，决议不仅可作为证据，而且可用列明理由的方式确定习惯规则，类似于司法决定和学说如何协助“收集、综合或解释惯例”。²⁵⁷

193. 如果决议载有将国家实践和法律确信与具体规则的拟订联系起来的认真法律分析，则这种辅助作用最为明显。正如《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》所表明的那样，这种决议可以通过系统的阐述澄清习惯规则的内容和范围。这一分析功能不仅仅是提供证据，而是为确定习惯规则的存在和内容提供列明理由的依据。

194. 裁决者审查决议的辅助价值时，关注的方面与将决议视为直接证据时不同。裁决者不是计算选票或分析对投票的解释，而是审查决议的论证和分析框架。如秘书处备忘录所述，国际法院的做法提供了几个例子，说明决议的使用方式符合其作为辅助手段的作用。优素福法官在 2019 年第六委员会的发言中强调，法院在处理不成文法律渊源时表现出了独创性，考虑到在国际社会中的发展情况，包括大会决议在习惯规则形成中的作用。²⁵⁸

195. 在关于核武器的咨询意见中，法院认为大会决议有可能提供法律确信的证据。²⁵⁹ 然而，法院并没有简单地从表面上理解这些决议。法院仔细审查了决议的内容、通过的条件以及决议在多大程度上反映了各国真正的法律信念。这表明，法院不仅将决议作为证据，而且还将其作为需要通过仔细分析确定法律意义的材料。

196. 同样，在关于查戈斯案的咨询意见中，法院对联大 1960 年 12 月 14 日第 1514(XV)号决议的分析不仅仅是注意到该决议的通过。²⁶⁰ 法院审查了该决议在更广泛的非殖民化进程中的作用、其关于自决权的宣告性质以及其后各项决议对自决权的肯定。这表明法院将该决议用作确定习惯国际法现有规则的内容和范围的手段，而不仅仅是作为规则形成的证据。

197. 冈比亚诉缅甸案是另一个例子。²⁶¹ 在此，法院提到联大 1992 年 12 月 18 日第 47/121 号决议，以支持其对《防止及惩治灭绝种族罪公约》第八条的解释。²⁶²

²⁵⁶ 同上，第 239-240 页。

²⁵⁷ 关于习惯国际法的识别的结论，第五部分评论第(1)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，第 104 页。

²⁵⁸ 阿卜杜勒卡维·艾哈迈德·优素福，国际法院院长，在联大第六委员会的发言，2019 年 11 月 1 日，第 40 段。

²⁵⁹ 核武器咨询意见(见上文脚注 133)，第 70 段。

²⁶⁰ 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 150-155 段。

²⁶¹ 《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，第 88-90 段。

²⁶² 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

该决议虽然不是法院解释的唯一依据，却是确认法院对该条款含义的理解的补充手段。

198. 在审查一系列决议时，证据作用和辅助作用之间的区别变得特别重要。虽然反复通过类似的决议可能会提供法律确信的累积证据，²⁶³ 但通过逐步完善分析和拟订，这些决议也可能有助于系统地确定已经澄清存在的习惯规则的确切内容。²⁶⁴

199. 决议对确定习惯法的潜在贡献具有双重性质，需要认真注意其不同方面。如果一项决议既载有国家实践记录或法律确信表述，又载有对习惯法的系统分析，则应根据其各自的功能对每个方面进行评价。这反映在国际法院要求审查“通过的内容和条件”的做法上。²⁶⁵

D. 评估决议的权重

200. 对作为辅助手段的决议进行评估，首先要适用本结论草案的结论草案 3 中确立的一般标准，其中规定，应考虑到：(a) 其代表性的程度；(b) 论证的质量；(c) 有关人员的专业知识；(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。²⁶⁶

201. 在具体审视各项决议时，其中若干标准在以下方面具有特别重要的意义。第一，关于论证的质量(标准(b))，决议必须显示出透彻、有条不紊的法律分析，而不仅仅是政治声明或理想宣言。分析应清楚确定和审查相关的国家实践和法律确信。

202. 第二，体制因素，包括有关人员的专门知识(标准(c))、一致程度(标准(d))和机构的任务(标准(f))，需要予以认真审查。通过时遵循的程序，包括审议的机会，对这些标准有直接影响。

203. 第三，各国和其他实体的接受情况(标准(e))是一项决议在确定国际法规则方面的效用的关键指标。国家在决议通过后对这些决议的使用也可以表明国家对这些决议的看法。这包括审议各法院和法庭如何依据或援引决议，秘书处备忘录中审视的做法就是证明。²⁶⁷

204. 代表性的程度(标准(a))仍然很重要，但在决议方面具有特殊性，需要对在通过过程中的地域代表性和法律制度多样性进行评估。这些考虑共同为确定决议作为辅助手段的权重提供了依据。只有那些包含有条不紊的法律分析、由具有相关专门知识和任务授权的机构产生、并有广大国家组成的国际社会切实参与的决议，才有理由在确定国际法规则时被赋予相当大的权重。

²⁶³ Sender and Wood, *Identification of Customary International Law*, p. 237.

²⁶⁴ 同上，第 239 页。

²⁶⁵ 同上，第 243 页。

²⁶⁶ A/79/10, 第 74 段。

²⁶⁷ 秘书处关于确定国际法规则的辅助手段的备忘录，A/CN.4/765。

E. 拟议结论草案 11——国际组织的决议

205. 鉴于上述分析，特别报告员建议委员会通过一项结论草案，论述国际组织决议作为确定国际法规则的辅助手段的作用。下文所列拟议措词借鉴了委员会先前就本专题和以前的专题开展的工作。结论草案分连续的三段，将一般性地说明这些决议作为辅助手段的作用，然后说明如何评估这些决议的权重，最后是一个“不妨碍条款”，承认国际组织决议在国际法中可发挥其他作用，例如，作为确定习惯国际法规则是否存在的证据。

206. 拟议结论草案第 1 段将指出，“国际组织或政府间会议通过的决议可用作确定国际法规则是否存在及其内容的辅助手段”。这句话直截了当，承认决议实际上是由国际组织和政府间会议通过的。这一段还沿用以前结论草案的措辞，表示决议可用作辅助手段，但不一定总是辅助手段。这是对使用“可用作”辅助手段一语的解释。“确定国际法规则是否存在及其内容”的提法符合委员会通过的若干结论中表达的想法，具体而言，即结论草案 4、5 和 6 中表达的想法，其中前两者类似地适用于其他两类辅助手段(即法院和法庭的决定和学说)。

207. 第 1 段之后是第 2 段，该段回答了何时以及如何对此类决议赋予权重的问题。这样做的目的是，为今后的使用者在对决议作为辅助手段的作用进行分析时，提供指导。在这方面，如本章所述，特别报告员认为，应考虑委员会通过的关于辅助手段类别的一般使用标准，以强调国际法使用者应考虑的重要因素。不过，他认为也可以提出一项关于评估国际组织决议的权重的具体结论草案，如果委员会希望就此专题这样做的话，正如委员会在结论草案 8 中就法院和法庭的决定所做的那样。

208. 结论草案第 2 段关于评估权重的文字表述将包括一个起首部分，借鉴目前结论草案 3 和 8 的开头措辞，并作适当调整。该段只是规定，“在评估国际组织或政府间会议的决议的权重时，应酌情考虑到结论草案 3 中规定的标准”。“酌情”一词的使用是为了表明一般标准中并非所有因素都可能相关。决议特有的细微差别将在评注中解释。

209. 最后，如本章前面所讨论的，委员会应通过一个“不妨碍”条款，该条款可以几乎逐字地从现有结论草案 6 第 2 段中摘录。现有结论草案 6 第 2 段已经触及同样的实质问题。该条款将指出，“根据第 1 段和第 2 段使用决议作为确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的”。该条款承认，决议可以在解释国际法的过程中以各种方式使用，包括作为法律的证据或作为推动法律发展的要素，正如委员会本身在就最近的几个专题开展的工作中所承认的那样。

210. 根据前面各段的论证，特别报告员建议结论草案案文如下：

结论草案 11

国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织或政府间会议通过的决议可用作确定国际法规则是否存在及其内容的辅助手段。
2. 在评估国际组织或政府间会议的决议的权重时，应酌情考虑结论草案 3 所载的标准。

3. 根据第 1 段和第 2 段使用决议作为确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。

六. 国际法的统一性和一致性问题

A. 以往关于统一性和一致性的讨论

211. 特别报告员的第一次报告提出了国际法的统一性或一致问题，也称为国际法不成体系问题，指出该问题对当代国际法辩论的重要性以及可能对本专题的实用性和复杂性产生的影响。²⁶⁸ 有人指出，根据《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，司法决定是确定法律规则的辅助手段，在具体涉及司法决定时，由于可能同时处理类似法律问题的国际性法院和法庭众多，在实践中引起了一些关切。而且，国际性法院和法庭处理类似的法律问题时，可能会在同一问题上做出相互矛盾的决定。特别报告员希望委员会能提供指导，说明是否应在本专题范围内处理不成体系的这一问题。

212. 在委员会关于这一问题的第一次全体辩论中，许多成员支持讨论这一问题。²⁶⁹ 一般来说，他们认为这样做将加强一致性和法律确定性。然而，在总结辩论时，虽然委员会应最终就这一问题作出决定，但特别报告员建议委员会在进一步审议之前推迟就这一问题作出决定，以便委员会能够征求各国对这一问题的意见。2023 年第六委员会关于第一次报告的辩论结束后，一些代表团表示支持审查不成体系问题，特别报告员发现，委员会成员和各国都支持研究这一问题。因此，他在总结第六委员会进行的辩论时宣布，他打算在下一份报告中讨论这一问题。

213. 特别报告员的第二份报告侧重于司法决定，其中又谈及不成体系问题。但是，由于该报告中解释的各种原因，他认为最好在第三次报告中讨论不成体系问题。²⁷⁰ 他的部分理由是确保统一性问题可以与委员会一些成员和一些国家的建议一并处理，该建议认为本专题还应处理《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项规定的确定法律规则的辅助手段与 1969 年《维也纳公约》第三十二条规定的补充解释手段之间的关系。在委员会第二次全体辩论中，只有少数成员谈到这个问题，或者表示或重申支持审查不成体系问题，或者呼吁谨慎行事。

214. 为了履行特别报告员先前的承诺，他将在本章讨论国际法的统一性或一致性问题。下一章讨论《国际法院规约》中提到的辅助手段与条约法规定的补充解释手段之间的关系。本章的内容如下。首先，将界定不成体系的概念，然后审查委员会关于这一专题的工作。第二，将讨论两个不同国际法庭作出相互冲突的决定的最佳例子。第三，随后部门通过讨论国际法院为促进国际法的更大统一而作出的关键决定，说明辅助手段在促进国际法更大统一方面的作用。最后一节将根据本章所载的分析，提出一项结论草案，旨在通过避免作出相互冲突的决定，增进国际法的统一性和一致性。

²⁶⁸ 见 A/CN.4/760。

²⁶⁹ 见 A/78/10, 第 122 段。

²⁷⁰ A/CN.4/769, 第 63 段。

B. 界定冲突和不成体系问题

215. 在讨论统一性或一致性问题最有趣的方面之前，出于在本主题中的有限目的，似乎应该首先界定最重要的冲突和不成体系概念。委员会关于国际法不成体系问题的研究²⁷¹ 对于本专题目的而言仍然是最相关的基准。文献中已确定了关于不成体系问题辩论的各个阶段。关于不成体系问题的讨论仍然事关理论或实际原因，或两者兼而有之。尽管如此，特别报告员认为，本报告以及委员会更广泛的工作都不旨在寻求解决这些争论。其任务更侧重于该问题最重要的实际方面，并本着这一精神，寻求帮助解决国际法的不稳定性问题，这种不稳定性将源于不同法院或法庭对同一法律问题的司法决定所产生的对法律的相互冲突的解释。

216. 首先必须界定冲突的概念。在关于国际法不成体系问题的报告中，委员会解释说，如果“两项规则或原则建议以不同方式处理一个问题”，那么就意味着规范有冲突。²⁷² 这些规则和原则通常见于国际法渊源，但从事物的性质来看，也可以在附属手段中加以说明，例如在先前的司法决定中。无论哪种方式，出于法律稳定性和法律安全性的原因，规则必须具有可预测性。一致性可被定义为“避免出现相互矛盾的规则”，²⁷³ 但也可能不仅仅要求不矛盾，为了确保一致性，一套规则必须“合在一起，整体上‘有意义’”。²⁷⁴ 与一致性相反的是不成体系，或者更确切地说，可能出现相互冲突的决定，这是我们所关切的。²⁷⁵

C. 国际法不成体系问题研究组的工作

217. 2002 年至 2006 年期间，委员会就国际法不成体系问题开展了工作，最终通过了 42 项结论，联大 2006 年 12 月 4 日第 61/34 号决议注意到这些结论以及这些结论所依据的分析研究。在研究组工作初期，委员会确定了两种处理不成体系专题的可能办法，用以指导其余的工作。研究组的结论是，国际法不成体系有两种主要形式：(a) 体制性的；(b) 实质性的。关于前者，即体制因素，“具体条约制度的执行机构(往往是法院和法庭)增多，引起了对偏离判例和‘挑选法院’做法的关切”。²⁷⁶ 后者，即不成体系问题的实质性方面，是研究组及其结论的重点。而体制方面，除了一个因素之外，均被搁置一边。

²⁷¹ 马尔蒂·科斯基涅米定稿的国际法委员会研究组报告“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件。

²⁷² 同上，第 25 段。

²⁷³ Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2024), p. 71, citing Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, rev. (New Haven, Yale University Press, 1977), pp. 65–70. 委员会并没有试图在研究组关于不成体系问题的报告中界定“一致性”，《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件，第 491 段。

²⁷⁴ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 72, citing Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 190.

²⁷⁵ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件，第 5-20 段。

²⁷⁶ 同上，第 489 段。

1. 体制方面——国际性法院和法庭的增多

218. 第一个方面的问题，即体制性方面的问题，在法律文献中被描述为“国际性法院和法庭的增多”，因为国际社会比以往任何时候都更频繁地看到各种专门法院和法庭的设立，数目暴增，在 1990 年代特别如此。1990 年代最初只有五个国际性法院(国际法院、欧洲人权法院、欧洲法院、美洲人权法院和世界贸易组织争端解决机构)，到十年结束时至少增加到 12 个此类(多数是专门的)特设或常设机构和法庭(国际海洋法法庭、伊朗—美国索赔法庭、前南斯拉夫问题特设国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭、国际刑事法院和非洲人权和人民权利法院)。各种法庭的设立使国际法出现“司法化”的情况，²⁷⁷ 整个法律体系是分散的，横向的，缺乏协调结构，由此引起了一个令人深思的问题：由于国际法的扩展和多样化，这些法庭之间存在管辖权竞争的风险。²⁷⁸

219. 换言之，各国设立了许多法院，虽然这被视为一种积极的发展，使国际法更加成为国际事务的中心，但也凸显了“实际协调、体制等级以及各行为体，特别是国际性法院和法庭，需要注意彼此判例的体制问题”。²⁷⁹

2. 实质方面——国际法分割成不同的次级制度

220. 相对于体制方面问题，委员会的研究更重视国际法不成体系的更实质性方面的问题，这个问题更具有根本性，因为触及国际法的核心。简而言之，这个问题涉及“法律本身的实质内容是否以及如何分散成可能缺乏一致性或相互冲突的特别制度”。²⁸⁰ 基本的担心是，如果处理不当，环境法、人权法、人道法、海洋法或贸易法等越来越专业化的次级制度在“临床隔离”的情况下大量增加，²⁸¹ 有可能将国际法分割为各个难以相互协调的次级制度。²⁸²

221. 然而，委员会的研究报告并没有将国际法分割成充满矛盾、相互没有实际关系的自成体系的专门制度，而是强调，解决不成体系问题需要将国际法作为一个统一的法律体系对待，一些法官，包括一些对不成体系问题持较积极看法的法

²⁷⁷ Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds.), *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2022). 关于不成体系问题有大量文献，包括若干文卷和期刊特刊。特别报告员请读者参阅上述书中对这些文献及其兴衰的深刻总结。

²⁷⁸ Benedict Kingsbury, “Foreword: Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 679–696.

²⁷⁹ 见国际法不成体系问题研究组的报告：国际法多样化和扩展引起的困难，载于《2003 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 415-435 段，见第 416 段。

²⁸⁰ 见《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件。

²⁸¹ 同上，第 487 段。

²⁸² 同上，第 489 段。

官，偶尔也强调这一点。²⁸³ 事实上，国际法的结构是一系列子系统的积累，这一结构本身在过去曾引起是否可以将其称为“法律体系”的本体论问题。²⁸⁴

222. 关于不成体系问题的最后报告解释说，“‘特别法’、条约制度和规则功能组以及国际法专门分支的出现及其相互关系和与一般国际法的关系”基本上反映了一个老问题的新面貌。²⁸⁵ 研究组认为，“国际法传统上的‘不成体系’已经使从业人员掌握了处理指向不同方向的规则和规则体系的技巧”。²⁸⁶ 这意味着，利用这些技巧应该有助于提供解决方案。这就解释了为什么结论的重点是1969年《维也纳公约》的原因，该公约提供了法律论证和解释的技巧，是协助国际法学者、法官和其他从业人员处理和解决规范冲突的现成“工具包”。

223. 因此，从实质性角度来看，现代国际法能够对因技术进步和全球化以及专门制度和法院的日益出现而产生的更加复杂的国际规范环境作出反应。这是因为，在包括国内层面在内的法律制度中，规则和原则引起某种紧张甚至冲突的情况并不罕见。在国内层面，对这种情况的反应是多种形式的，包括集中的立法程序和法院等级制度，由最高法院解决解释上的冲突。当然，在没有集中立法或司法程序的国际法律制度中，这是不可能的。除少数例外，法院一般都是独立的国际机构，彼此之间没有任何正式关系。

224. 在国际法中，不成体系问题研究报告所界定的冲突据说以三种主要方式产生。第一，特别法和一般法之间存在关系，对一般法有一种特别的非正统解释。²⁸⁷ 第二，先前法律与嗣后法律之间发生冲突，也就是说，一般法与声称作为其例外而存在的特定规则之间发生冲突。²⁸⁸ 第三，更成问题的是，两类特别法之间存在规范冲突的关系。²⁸⁹

225. 在刚才提到的三种规范冲突中，每一种冲突都表现出不同的不成体系性。不成体系问题报告认为，后两类是规范冲突的“真正类型”。²⁹⁰ 这是因为这两类冲突所涉及的情况是，法律本身，而不是司法法庭“对法律的某种推定解释”，“因用来审查法律的规范性框架的不同而显得不同”。²⁹¹ 然而，第一类规范性冲突，即一个法院可能以一种方式作出裁决，而另一个法院对同一问题以

²⁸³ 见国际法院，艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，赔偿，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第324页，格林伍德法官的声明，第391页起，见第394页，第8段(“法院认识到自己的判例中可供借鉴的内容很少，于是全面审查了其他国际性法院和法庭的做法，特别是主要的人权法院的做法，这些机构在评估事实与本案非常相似的案件中的损害方面拥有丰富的经验。国际法不是一系列支离破碎、彼此孤立、自成一体的专门法律；而是单一、统一的法律体系，每个国际性法院可以而且应该借鉴其他国际性法院和法庭的判例，即使不一定得出相同的结论”。)

²⁸⁴ 见《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编2，A/CN.4/L.682和Add.1号文件，第17段。

²⁸⁵ 同上，第489段。

²⁸⁶ 同上，第20段。

²⁸⁷ 见国际法不成体系问题研究组的报告：国际法多样化和扩展引起的困难，载于《2003年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第415-435段，第419段。

²⁸⁸ 同上。

²⁸⁹ 同上。

²⁹⁰ 《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编2，A/CN.4/L.682和Add.1号文件，第48段。

²⁹¹ 同上。

另一种方式作出裁决，实际上是“关于在复杂的体制环境中不同法律解释的影响，因此严格地说不属于委员会的研究范围”。²⁹² 因此，前两类规范性冲突在研究中得到了详尽的论述，使用了主要载于 1969 年《维也纳公约》和判例法的解释规则，而体制性冲突则只是予以顺便提及。

226. 委员会决定在不成体系问题研究的核心考虑中排除相互冲突的决定这一内容，而在本项研究中，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的一个方面主要涉及司法决定的作用(可用于增进国际法的统一性和一致性)，有鉴于此，特别报告员认为审查这一具体问题是有益的。

227. 事实上，虽然委员会无疑提出了可能被视为有力的理由，但委员会关于在其研究中不考虑不成体系问题的体制方面的决定受到了评论家的批评。有人认为，面对法院和法庭的激增，国际法必须努力保持其统一性和一致性，这并不令人感到意外。“国际性法院和法庭最终会被要求直接处理这一问题”，²⁹³ 由于这个原因，“委员会错过了一个机会，未能早日开始解决今后肯定会涉及的巨大复杂问题”。²⁹⁴

D. 促进法院和法庭决定的一致性

228. 目前关于确定国际法规则的辅助手段的专题使委员会有机会处理体制问题的一个关键要素。鉴于委员会在协助各国澄清国际法方面的中心作用，人们的普遍看法似乎是，委员会应该抓住机会采取行动。正如不成体系问题研究组的报告所强调的，

尽管今天有“编纂和逐渐发展”的前景，但似乎很明显，国际法的发展在大多数情况下上将出现在专门的立法会议和组织内，在专家筹备工作的基础上进行，并将导致产生复杂的条约制度，有自己的体制规定和程序。这确实是曾经引起对不成体系问题的关切的背景的一部分。²⁹⁵

报告接着指出：

在一个日益专业化的法律环境中，极少有机构能够使用一般国际法的语言，以便在全球层面处理不能被简化为实现特殊利益需要并超越技术协调的关系。委员会就是这样一个机构。²⁹⁶

最后，考虑到委员会处理一般国际法专题的任务和经验，研究组建议，在编纂不再是优先事项的时代，委员会可以通过“重述”为各国提供新的帮助，在这种情况下，重述应有助于指导国际性法院和法庭的实践。

229. 不言而喻，司法政策事项首先应由各国通过其为规范这些机构之间的关系而通过的组成文书处理，然后由国际性法院和法庭本身在处理引起具体问题的具

²⁹² 同上。

²⁹³ Christian Leathley, “An institutional hierarchy to combat the fragmentation of international law: has the ILC missed an opportunity?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 40 (2007), pp. 259–306, at p. 306.

²⁹⁴ 同上。

²⁹⁵ 《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件，第 501 段。

²⁹⁶ 同上，第 502 段。

体案件时处理，²⁹⁷ 但委员会可以就相互冲突的决定问题提供一些说明。这是委员会在以前的工作中基本上搁置的更广泛的机构间问题的一个涉面狭小的子问题。

230. 鉴于辅助手段专题的范围较窄，本专题似乎有理由侧重于这一方面。这项研究的目的是根据实践得出结论，这不仅符合委员会根据《规约》第一条协助各国促进国际法的逐渐发展和编纂的任务，而且有助于促进国际事务中的法律稳定和法治。

E. 相互冲突的决定引起不成体系的风险

231. 20 多年前，即 2000 年 10 月 27 日，国际法院院长吉尔贝·纪尧姆在联大第六委员会就不成体系问题做了著名的发言，他指出，“国际性法院的增多已经在程序方面和国际法的实际内容方面影响到国际法的运作。这种影响的长期后果不容低估”。²⁹⁸ 他接着指出，消极后果主要有两种。

1. 择地诉讼

232. 第一个负面后果是，这种情况允许诉讼当事人挑选诉讼地。他指出了潜在的案件发起人在选择被认为最有利于自己的诉讼地时通常可能考虑的相关因素，如诉诸法院的机会、所遵循的程序、法院的组成、法院判例和发布某些类型命令的权力。²⁹⁹ 他说，虽然原则上法院之间的竞争可能不会带来问题，但风险在于当事人选择法院的动机可能是“某一法院的判例碰巧比另一法院的判例更有利于某些学说、概念或利益”。³⁰⁰ 他表示，“某些法院可能会因此而调整其决定，以推动其案件量增长，而不利于对司法采取更客观的做法。这种事态发展将严重损害国际司法。”³⁰¹ 挑选诉讼地的风险及其在国际事务中破坏法治的可能性具有重大影响，不应予以忽视。

2. 相互矛盾的决定

233. 纪尧姆院长认为，第二个负面后果是出现“相互矛盾的判决”的风险，这尤其“令人担忧”。³⁰² 在这方面，他解释说，这一问题出现的形式可能是：“两个法院”被要求处理“同一问题并作出相互矛盾的决定”。³⁰³ 当时的国际法院院长认为，虽然在一些案件中，各法院的法官都试图避免不一致性(主要是

²⁹⁷ 见 Jonathan Charney, “Is international law threatened by multiple tribunals?”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 271 (1998), pp. 101–382, at p. 115. Jonathan Charney 的实证研究表明，国际司法机构在解释法律和借鉴彼此的決定方面非常一致。

²⁹⁸ 国际法院院长吉尔贝·纪尧姆法官，“国际司法机构的增多：国际法律秩序的前景”，在联大第六委员会的发言，2000 年 10 月 27 日，第 2 页；Cesare P.R. Romano, “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 709–751。

²⁹⁹ 纪尧姆院长，2000 年 10 月 27 日在联大的发言(见上文脚注 298)，第 1-2 页。

³⁰⁰ 同上，第 3 页。

³⁰¹ 同上。

³⁰² 同上。

³⁰³ 同上，第 3-4 页。

出于礼让,因为没有义务这样做),但“国际性法院的增多造成判例不一致的严重风险”。³⁰⁴ 这种风险仍然“很大”,³⁰⁵ 尽管各法院主动努力进行某种形式的司法对话,力求通过考虑到彼此的判例,确保其决定在一定程度上保持一致性。³⁰⁶ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭、国际海洋法法庭和国际法院本身等各法院的法官都强调,必须避免裁决相互矛盾,因为这会造成法律不稳定,破坏对国际法的信心。在一个不考虑遵循先例的制度中,一个法庭的大多数法官考虑其他法庭的裁决的努力当然是值得鼓励的,但绝不能说这足以应对问题的实质。从作为法律主体的当事人的角度来看,“两个法院……对同一问题作出相互冲突的决定是极不可取的”。³⁰⁷

234. 第二个消极后果将是本章其余部分的重点。某些国际性法院和法庭的若干裁决通常被用来说明国际法不成体系的风险。但是,迄今为止,最好的例子涉及一些关于国家责任的决定,一方面是国际法院就将非国家行为者的行为归于国家的标准作出的决定,另一方面是前南斯拉夫问题国际刑事法庭在若干案件中似乎作出了相反的解释。特别报告员现在开始分析这四项决定,并挑选有关这些决定的文献。

(一) 国际法院在尼加拉瓜案判决中的“有效控制”检验法

235. 首先,应当记得,国际法院迄今仍是唯一具有一般国际法主题管辖权的法院。因此,国际法院作为联合国的主要司法机关,在促进国际法作为一个法律体系的统一性和一致性方面占据重要地位。委员会的工作已经明确突出了这一点,在关于确定国际法规则的辅助手段的本专题和以往专题的结论草案中都是如此。事实上,委员会在结论草案4和评注中强调,“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内容的辅助手段”。³⁰⁸ 正是在这一背景下,国际法院的决定和委员会本身的工作一样,在澄清和形成关于国家责任的现代国际法方面,包括在习惯国际法中将行为归于一国的标准方面,都发挥了影响力,在某些情况下影响力很大。因此,正如特别报告员第一次报告所指出的,³⁰⁹ 随着国际法变得更加专门化,国际法院本身也越来越多地援引其他法院和法庭的裁决,国家法院、区域法院和其他特设或常设国际性法院和法庭也经常援引国际法院关于一般国际法的决定,特别是关于国家责任问题的决定。各法院从彼此的决定中得到启发,这样做有助于确保国际法更具有一致性。

236. 众所周知,现代国家责任法的核心有这样一个基本点:国家的每一国际不法行为都引起其国际责任。委员会本身通过其在条约法之后可以说是最有影响力的项目对现代国家责任法作出了重大贡献。³¹⁰ 然而,要使一国承担责任,有关

³⁰⁴ 同上,第3-4页。

³⁰⁵ 同上,第5页。

³⁰⁶ 同上,第4-5页。

³⁰⁷ *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Zejnir Delalić, et al. (Čelebići Case), Case No. IT-96-21-A, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber, para. 21.*

³⁰⁸ [A/79/10](#),第74-75段。

³⁰⁹ [A/CN.4/760](#),第347段。

³¹⁰ 在这方面,见国家对国际不法行为的责任,国际性法院、法庭和其他机构裁判汇编,秘书长报告,[A/74/83](#)。

行为必须根据国际法归于该国。这意味着，就国家行为(既可以是作为，也可以是不作为)而言，这种行为通常是由政府机关实施的。如果行为是由非国家机关的其他人实施的，则该行为必须是在国家机关或其人员的指挥、唆使或控制下发生的。证明后者需要什么，这多少是个分歧点。

237. 对于本专题的具体目的而言，国际法院的几项重要裁决值得强调，国际法院规定了一般国际法范畴内国家对国际不法行为的责任所需的归属标准。第一，关于尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)1986年6月作出的实质问题判决中，尼加拉瓜请求法院裁定美国应该对以下行为负责：为反政府叛乱分子(构成称为尼加拉瓜民主力量武装部队的一部分)提供训练、武装、装备、资助和供应或以其他方式鼓励、支持和帮助这些叛乱分子对尼加拉瓜进行军事和准军事活动，这种行为侵犯了尼加拉瓜的主权，违反了美国根据习惯法承担的不干涉他国内政或对他国非法使用武力的义务。³¹¹ 法院随后作出有利于尼加拉瓜的裁决，理由是美国违反了禁止使用武力和不干涉他国内政的规定。³¹² 法院还裁定，尼加拉瓜境内的冲突具有混合性质。在这方面，尼加拉瓜政府与反政府叛乱分子的冲突是国内性质的，而美国在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的行为则引起了国际武装冲突。对冲突的分类导致适用不同的国际人道法规则。³¹³

238. 法院随后审查了尼加拉瓜的另一个主要论点，即美国实际上控制着反政府武装。尼加拉瓜认为，这意味着反政府武装的所有行为都应归于美国。法院同意尼加拉瓜的意见，认为一些军事行动如果不是由美国领导或与反政府武装共同策划，也是由美国决定和计划的。然而，法院“并不认为反政府武装在冲突的每个阶段发动的所有行动都反映了完全由美国策划的战略和战术”。³¹⁴ 相反，正如法院在答复尼加拉瓜的论点时所解释的那样，法院必须确定的是，

反政府武装与美国政府的关系是否是一种一方依赖另一方并受另一方控制的关系，从而在法律上可以将反政府武装等同于美国政府的一个机关，或将其视为代表美国政府行事。³¹⁵

239. 法院作出了否定的裁定。法院接着在后面的一段中解释说：

根据法院掌握的证据，美国参与资助、组织、训练反政府武装，为其提供供应品和装备，为其选择军事或准军事目标，以及规划整个行动，即使这种参与极为重要或起决定作用，其本身仍然不足以将尼加拉瓜反政府武装在其军事或准军事行动中的行为归于美国。上述美国参与的所有形式，甚至考虑到答辩国对高度依赖它的武力行使具有一般性控制，在没有进一步证据的情况下，本身不意味着美国是像控诉国所指称的那样，指导实施或强行实施了侵犯人权和违反人道法的行为。这种行为完全可以是反政府武装成员在没有美国控制下实施的。若要使这种行为引起美国的法律责任，

³¹¹ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 130)，第 15 段。

³¹² 同上，第 292 段。

³¹³ 同上，第 188 段。

³¹⁴ 尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 130)，第 106 段(对“所有”的强调是后加的)。

³¹⁵ 同上，第 109 段。

就必须原则上证明该国在犯下该被控违反情事的过程中对军事或准军事行动行使了有效的控制。³¹⁶

240. 总体而言，就我们的目的而言，从法院对尼加拉瓜案的裁决中基本上可以得出 3 个要点。第一，美国应对其针对尼加拉瓜的行为负责，美国可能对反政府武装的活动直接负责。这包括非法使用武力和违反不干涉原则。³¹⁷

241. 第二个要点是，反政府武装作为一个单独的实体，仍然要对自己的行为负责，包括对尼加拉瓜政府部队和对社会实施的违反人道法的行为负责。³¹⁸ 第三点，也许是现在具体讨论中最重要的一点，美国对反政府武装具有一般控制，反政府武装高度依赖美国，但这本身并不意味着如尼加拉瓜所指控的那样，美国指挥实施或强行实施了违反人道法和人权法的行为。³¹⁹ 从本质上说，根据国际法，最终需要的是表明美国对反政府武装的具体军事或准军事活动行使了有效控制，从而可以追究美国的法律责任。³²⁰ 国际法院认为，在这种情况下对国家责任的检验标准是有效控制检验标准。

(二) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 Tadić 案中的“总体控制”测试法

242. 1999 年 7 月 15 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭对起诉 Duško Tadić 的案件作出判决，其中面临的问题与国际法院在尼加拉瓜案中所处理的问题类似。这是该法庭的第一个案件，该法庭是联合国设立的第一个真正的国际刑事法庭，负责调查和起诉被控应对前南斯拉夫境内的罪行(包括战争罪、危害人类罪和种族灭绝罪)负责的人。安全理事会认定该国发生的所谓种族清洗对国际和平与安全构成威胁，根据《联合国宪章》第七章通过的一项决议设立了该法庭。该法庭成为第一个根据第七章设立的法庭。这意味着所有国家都有义务与该法庭合作，而且法庭的地位高于联合国所有会员国的国家法院。

243. 被告 Tadić 是波斯尼亚塞族民兵组织成员，该民兵组织隶属于南斯拉夫联盟共和国，而该国是波斯尼亚和黑塞哥维那冲突的当事方之一。是否发生武装冲突取决于南斯拉夫联盟共和国是否通过塞族共和国波斯尼亚塞族军对波斯尼亚和黑塞哥维那使用武力，这会使冲突从内战转变为国际武装冲突。这意味着，前南问题国际法庭因此被要求确定该民兵组织(受害者落入其手中)是否在法律上或事实上作为外国政权即南斯拉夫联盟共和国的一个机关行事。

244. 前南问题国际法庭上诉分庭在对此问题作出裁决时，注意到正确地将冲突归类可能会引起国家责任，即国家对代表其行事的武装团体所犯违反国际法行为的责任，因此参照国际法院对尼加拉瓜案的判决以及各国和其他法庭的惯例，对相关法律进行了详细审视。法庭侧重于一般国际法所述的控制概念，因为武装冲突法没有具体标准。法庭认为，必须“具体说明外国对代表其作战的武装部队必

³¹⁶ 同上，第 115 段(对“有效的控制”的强调是后加的)。

³¹⁷ 总体情况见同上。

³¹⁸ 同上。

³¹⁹ 同上。

³²⁰ 同上。

须行使何种程度的权力或控制，才能使初步看来属于国内性质的武装冲突成为国际冲突”。³²¹ 法庭的分析相当详细，但为了现在的目的，只需要强调关键点。

245. 首先，在确定个人作为事实上的国家官员行事所需的法律条件时，法庭指出，上诉中的审判分庭判决认为尼加拉瓜案的检验标准具有说服力。上诉分庭认为审判分庭的判决不能令人信服，主要有两个原因。首先，上诉分庭注意到国际法院“权威性地提议采用高度控制的检验标准”，认为法律允许将未被正式视为国家机关但实际上代表国家行事的个人的行为归于国家。³²² 上诉分庭接着解释说，“国际法将个人行为归于国家的要求是，国家对个人行使控制”。³²³ 尽管如此，上诉分庭认为，“但控制程度可能因每个案件的实际情况而异”。³²⁴ 因此，上诉分庭不能确信“为什么在每一情况下国际法对控制程度的检验要求高门槛”。³²⁵ 这是上诉分庭似乎不同意国际法院论证的第一个因素。

246. 与尼加拉瓜案一样，上诉分庭审议了有组织和等级结构的武装团体(如军事部队或武装叛乱分子)的情况，而不是在没有具体指示的情况下代表国家行事的个人的情况。上诉分庭裁定，“就有组织团体而言，这种团体通常会从事一系列活动。如果武装团体处于一国的总体控制之下，武装团体对于其活动，必须承担该国的责任，不论每一项活动是否由该国具体布置、要求或指挥”。³²⁶ 因此，由于波斯尼亚塞族武装部队构成一个‘军事组织’，“按照国际法的规定，为了将武装冲突视为国际冲突，塞尔维亚当局对上述军队的控制程度必须是不仅限于资助和装备军队，还需参与军事行动的规划和监督的总体控制”。³²⁷

247. 前南问题国际法庭上诉分庭在对个人作为个人和团体行动的不同情况做出区分后，提出了其认为尼加拉瓜案中的有效控制检验“没有说服力”的第二个理由。与国际法院的意见不同，上诉分庭认为，个人作为个人和团体行动会产生不同的归属法律标准。³²⁸ 上诉分庭认为，尼加拉瓜案中检验标准“不符合国际司法惯例和国家惯例”。³²⁹ 只要检验涉及代表国家行事的个人和无组织的个人团体，就可以认为有效控制情况的存在。另一方面，法律对尼加拉瓜反政府武装等军事或准军事团体适用了一种不同的、要求较低的检验标准(即总体控制)。这里的问题是，该法庭接受了国际法院的检验标准，但只限于个人而不是准军事团体的范围内。因此，在某些方面，两个司法机构在解释上的分歧并不像乍看之下那么大。

³²¹ 见 *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, Appeals Chamber, para. 97; see also *Prosecutor v. Zejnir Delalić, et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment, 16 November 1998, Trial Chamber.

³²² *Tadić*, Judgment, 15 July 1999, Appeals Chamber (见上文脚注 321), para. 99.

³²³ 同上，第 117 段。

³²⁴ 同上。

³²⁵ 同上。

³²⁶ 同上，第 122 段。

³²⁷ 同上，第 145 段。

³²⁸ 同上，第 124 段。

³²⁹ 同上。

248. 尽管如此，甚至在前南问题国际法庭上诉分庭作出判决之前，已经有人关切地认为在审议国际法院在尼加拉瓜案中的检验标准时可能没有必要走那么远。Shahabudeen 法官在其个别意见中基本上同意上诉分庭的同事的意见，但对“质疑”尼加拉瓜案的“必要性”表示严重怀疑。³³⁰ 他认为，在 Tadić 案中巴尔干冲突是否可被归类为国际冲突这一判决最相关的问题上，国际法院的裁决“既正确又充分”。³³¹ 看来，作为一个法律问题，他并不认为国际法院的裁决与法庭的立场不一致。他也可能考虑到司法经济和司法礼让的原因。事实上，在后来对另一个案件(Aleksovski 案，被告向法庭上诉分庭提出上诉，要求上诉分庭推翻对自己的判决，并将尼加拉瓜案的判决作为先例，尽管上诉分庭自己已经对 Tadić 案做出了判决，但上诉没有成功³³²)发表的个别意见中，Shahabudeen 法官提出了相当严厉的批评。他指出法院之间存在严重分歧的各种风险，并指出法庭可以参考国际法院“关于相关事项的判例”，“可以从国际法院的裁决中得出一些有说服力的价值，而不受其约束”。³³³

249. 两个司法机构之间似乎存在的分歧引起了学术界和国际法委员会的反应，而国际法委员会当时正在国家责任条款的范围内处理归属问题。在那些条款中，除其他条款外，委员会通过了第 8 条，其中指出，如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的一国的行为。³³⁴ 在评注中，“在……指挥或控制下”的措辞等同于尼加拉瓜案中所用的标准，当时委员会指出，“只有在国家指挥或控制具体行动、而且被指控的行为是该行动的一部分时，这种行为才归于国家”。³³⁵

250. 委员会接着在评注中也陈述了前南斯拉夫问题国际刑事法庭的立场，但基本上不同意该立场，而是赞成先前根据国际法院对尼加拉瓜案的裁决所采取的立场。委员会对 Tadić 案的裁决持批评态度，指出法庭和法院处理的“法律问题”和“事实情况”不同。关于在法庭诉讼中提出的论点，委员会进一步指出，法庭的目的是处理个人而不是国家的责任，以及国际人道法是否适用，最后，无论如何，评估某一行为是否在某一国家的控制下进行，是“在每一案件中的判断问题”。³³⁶

251. 归根结底，不成体系问题研究的结论是，“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动和准军事活动案与 Tadić 案之间的对比，是对一般国际法规则的早期和后期解释之间规范冲突的一个例子”。³³⁷ 这一观点认为，这说明了“规范冲突的类型，即两个机构面对类似的事实以不同的方式解释法律”。³³⁸ 有人指出，虽然这种分歧在任何法律制度中都很常见，但“其对缺乏适当体制等级的国

³³⁰ 同上，第 5 段(援引尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(见上文脚注 130))。

³³¹ 同上。

³³² *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000, Appeals Chamber.

³³³ *Delalić*, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber (见上文脚注 307), para. 22.

³³⁴ 《2001 年……年鉴》，第二部分(第二部分)和更正，第 76 段。

³³⁵ 第 8 条评注第(3)段，同上，第 77 段，见第 47 页。

³³⁶ 第(5)段，同上，见第 48 页。

³³⁷ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，增编 2, A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件，第 50 段。

³³⁸ 同上，第 51 段。

际法律制度的后果似乎特别成问题”。³³⁹ 从对一般法内容的不同看法中可以看出两个主要问题。

252. 首先，“这些问题削弱了”法律主体的“法律安全性”。³⁴⁰ 第二，“这些问题将法律主体置于彼此不平等的地位。”³⁴¹ 这是因为“法律主体享有的权利取决于负责落实这些权利的管辖机构”。³⁴² 因此，在解决这类情况方面，所需要的是各国“要么”“通过一项新的法律来解决冲突”(强调是后加的)，而在这一具体例子中，据认为这是不现实的，“要么各机构将寻求在今后协调其判例”。³⁴³ 委员会显然认为法律稳定性有极大的好处。

253. *Tadić* 案的判决引起了一些关切，包括法庭法官和国际法院的关切。在法庭，*Shahabuddeen* 法官最初认为法庭没有必要质疑国际法院 1999 年对尼加拉瓜案的裁决，他在 2001 年强烈反驳说，

就国际法而言，一致性、稳定性和可预测性的必要条件的运作并不止于法庭的边界。[……]上诉分庭不能好像其服务的国际社会的一般法律状况与其无关。³⁴⁴

虽然法庭上诉分庭多数法官的答复指出，法庭与国际法院之间没有等级关系，但确实同意法庭“必然应考虑到国际性法院的其他决定”，³⁴⁵ 不过正如所预料的那样，“法庭在仔细考虑后可能会得出不同的结论”。³⁴⁶

254. 国际法院时任院长在上文引述的他在大会的几次发言中(见上文第 231 和 233 段)，就相互矛盾的裁决可能造成的不成体系的危险发出了警告。他接着表示严重遗憾的是，*Tadić* 案的裁决“拒绝接受”国际法院在尼加拉瓜案中的检验标准，在他看来，这提出了“对国家责任问题国际法的新解释”。³⁴⁷

(三) 国际法院在波斯尼亚种族灭绝案判决中的回应

255. 在此背景下，国际法院在 2007 年对波斯尼亚灭绝种族案的后续判决中对前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭的裁决作出了回应，这并不令人感到意外。国际法院分三个步骤进行论证。首先，与前南问题国际法庭一样，国际法院对行为归属的三种不同情况作了区分：(a) 实施灭绝种族行为的人根据其国内法具有国家机关的地位；(b) 问题是这些人是否应事实上等同于国家机关，即使根据国内法他们并不享有这种地位；(c) 在斯雷布雷尼察事件的具体情况下，灭绝种族

³³⁹ 同上。

³⁴⁰ 同上，第 52 段。

³⁴¹ 同上。

³⁴² 同上。

³⁴³ 同上。

³⁴⁴ *Delalić*, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber, (见上文脚注 307)，第 24 段(援引 International Criminal Tribunal for Rwanda, *Laurent Semanza v. Prosecutor*, Case No. ICTR-97-20-A, Decision, 31 May 2000, Appeals Chamber, *Shahabuddeen* 法官的个别意见，第 25 段)。

³⁴⁵ 同上。

³⁴⁶ 同上。

³⁴⁷ 纪尧姆院长，2000 年 10 月 27 日在大会的发言(见上文脚注 298)，第 5 页。

行为人是否按照答辩国的指示或在其指挥或控制下行事。³⁴⁸ 国际法院指出，如委员会关于国家责任的条款所示，不同的规则适用于不同的情况。³⁴⁹

256. 在第二步中，法院接受了前两种情况，并认为这两种情况在本案中都没有得到满足，于是转向第三种情况。法院解释说，原则上，国际法允许在前两种情况下追究责任，但在所审理的案件中，这两种情况都没有得到满足。³⁵⁰ 在具体谈到第三个问题时，法院援引了关于国家责任的条款中的习惯国际法。法院认为，国际法委员会关于国家责任的条款第 8 条所载的习惯国际法应根据尼加拉瓜案判决中的“判例”来理解。³⁵¹ 法院重申，在此案中，将行为归于一国所需的是表明“有关人员是按照该国的指示或在该国的“有效控制”下行事的”。³⁵² 怎么才算有效控制？这意味着，“国家的指示是针对发生指称的侵权行为的每一次行动发出的，而不是一般针对实施侵权行为的个人或团体所采取的总体行动发出的”。³⁵³

257. 法院进一步审查的问题是，灭绝种族罪，鉴于其特殊性质，是否应如一个当事方所主张的那样，给予不同的考虑，也许应适用与尼加拉瓜案中所用的有效控制检验标准不同的标准。法院认为，“灭绝种族罪的特殊性并不能证明法院有理由偏离”它以前在判决中阐述的标准。³⁵⁴ 法院确定：

如果国家人员以外的机关或个人实施的构成灭绝种族的实际行为全部或部分是按照国家的指示或指挥或在国家的有效控制下实施的，则灭绝种族行为将被视为可归于国家。³⁵⁵

258. 当事一方提出的最后一个论点是，法院应采用 *Tadić* 案中的总体控制检验标准，而不是尼加拉瓜案中的有效控制检验标准。法院在审理这一论点时认为该裁决与所涉问题无关。法院指出，采用 *Tadić* 案中的检验标准意味着：

波斯尼亚塞族人的行为可依据南联盟对斯普斯卡共和国和斯普斯卡共和国军的总体控制而引起[南斯拉夫联盟共和国]南联盟的国际责任，而无需证明违反国际法的行为所发生的每一次行动都是按照南联盟的指示或在其有效控制之下进行的。³⁵⁶

259. 在分析的第三步，法院直接转向前南斯拉夫问题国际刑事法庭的总体控制检验法。法院解释了为什么它认为不能接受法庭的检验标准，理由有三。第一，法院认为，

³⁴⁸ 《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 131)，第 397 段。

³⁴⁹ 同上，第 397-398 段。

³⁵⁰ 同上，第 402-403 段。

³⁵¹ 同上，第 399 段。

³⁵² 同上，第 400 段。

³⁵³ 同上。

³⁵⁴ 同上，第 401 段。

³⁵⁵ 同上。

³⁵⁶ 同上，第 402 段(强调是后加的)。

“无论在 Tadić 案中还是一般而言，前南问题国际法庭都没有被要求对国家责任问题作出裁决，因为法庭的管辖权是刑事管辖权，只适用于个人。因此，法庭在判决中处理了一个对其行使管辖权并非必不可少的问题”。³⁵⁷

260. 第二，法院指出，法院“极为重视”法庭对被控犯罪者的犯罪行为作出的“事实结论和法律结论”，但法院并不认为前南问题国际法庭对一般国际法问题所采取立场属于这种“情况”，“一般国际法问题不属于其具体管辖范围，而且，对其审理的刑事案件作出判决并不总是需要解决这些问题”。³⁵⁸ 法院认为这就是 Tadić 案中的“总体控制”测试法的问题所在。³⁵⁹

261. 法院接着补充说，“总体控制”检验法很可能适合于确定武装冲突是否是国际性的，这是法庭被要求决定的唯一问题。与此同时，法院认为，法庭提出的将总体控制检验标准同样适用于涉及国家责任的情况的做法是“不适当的”。在这方面，法院指出，如果法庭的检验法仅限于确定武装冲突的性质，那么这两种检验标准可以共存，而不会有任何逻辑上的不一致。尽管如此，法院最终认为，法庭的检验标准不具有“说服力”³⁶⁰，因为除了可以预见的其他挑战外，“总体控制”检验标准的“重大缺点”³⁶¹ 是将国家责任的范围扩大到远远超出国际责任法的基本原则，而根据基本原则，“一国只对自己的行为负责，也就是说，只对代表其行事的人的行为(无论依据为何)负责”。³⁶² 最后，法院表示，法院倾向于遵循自己的判例，其中提出了国际法委员会国家责任条款第 8 条所载的习惯国际法规则。³⁶³

262. 国际法院虽然是联合国的“主要”司法机关，但不是最高法院，不具有审理对其他法庭(如前南斯拉夫问题国际刑事法庭)(由安全理事会根据《联合国宪章》第七章设立)判决提出上诉的权力。这意味着，由于两个司法机构之间的不一致，对归属标准的相互冲突的解释现在已被置于判例怀疑之中。在前南斯拉夫问题国际刑事法庭，败诉方要求上诉分庭按照国际法院在尼加拉瓜案中采用的更严格的“有效控制”检验标准推翻法庭的判决。在国际法院，情况正好相反，答辩国称，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 Tadić 案中采用的更宽泛的“总体控制”检验标准更为适当。出于法律稳定性的原因，对所有当事方乃至对法治本身来说，类似案件应得到一致的处理，在国际法这样的制度中也应如此，虽然国际法没有正式要求一个法庭必须作为法律事项遵循另一法庭的裁决。

263. 回顾过去，本特别报告员认为，委员会作为一个中立机构，与两个司法机构(两者都是联合国设立的——一个是主要司法机关，另一个是根据《联合国宪章》第七章设立的)没有直接的体制联系，本可以通过进一步审查这一领域的国家实践，发挥弥合两者分歧的作用。这就需要以超越国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭各自在其各自案件中所采取的做法的方式，彻底重新审查有关做

³⁵⁷ 同上，第 403 段。

³⁵⁸ 同上(强调是后加的)。

³⁵⁹ 同上，第 404 段。

³⁶⁰ 同上。

³⁶¹ 同上，第 406 段。

³⁶² 同上。

³⁶³ 同上，第 407 段。

法。这种方针本来可以提供更多的证据，据以评估国家实践。这本来无疑有助于缓和后来所受到的批评，一位不那么陌生的观察家(一位法学教授，在 Tadić 案判决时也曾在前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭担任法官)批评指出，委员会可能处于一种基本上相互矛盾的地位，因为“(1) 国际法院在尼加拉瓜案中阐明了检验标准；(2) 国际法委员会支持同样的检验标准(仅以尼加拉瓜案为依据)；(3) 因此，这一检验标准是有效的，反映了习惯国际法”。³⁶⁴

F. 国际法院对国际法统一性和一致性的促进作用

264. 经验研究表明，尽管国际法中没有先例原则，但法官们大多倾向于了解彼此的决定，并在裁决案件时考虑到这些决定。在实践中，在实质和程序问题上都存在着相当程度的一致性。

265. 在这种背景下，国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭在一个归属的法律问题上似乎存在意见分歧，但不应过分强调这一点，不应认为国际性法院和法庭作出的裁决相互冲突，“混乱不堪”。认识到共同努力建立国际法的共同语言，对于在国际事务中推进法治十分重要，因为正如赫希·劳特帕赫特几十年前所指出的那样，“从长远来看，国际法庭对国际法的发展是其继续成功运作并行使管辖权的重要条件之一”。³⁶⁵ 事实上，礼让和相互尊重贯穿于国际一级的司法对话。在一个引人注目的例子中，一个仲裁庭决定暂停对特定事项做出裁决数月，以避免欧洲法院做出相互冲突的裁决的风险。国际海洋法法庭庭长托马斯·门萨在爱尔兰与联合王国的混合氧化物燃料厂案³⁶⁶ 中担任根据《联合国海洋法公约》设立的常设仲裁法院仲裁法庭庭长时解释了这一问题：

法庭认为，对同一问题可能作出两项相互冲突的决定，无助于解决这一国际争端。这种情况也不符合相互尊重和礼让的要求，而就国家间权利和义务作出决定并负有协助各国和平解决它们之间争端的职能的司法机构应该相互尊重和礼让。³⁶⁷

266. 国际法院虽然是联合国的“主要司法机关”，但并不作为上诉法院行使职能。不过很明显，其他法庭，包括负责解决国家间争端的专门法院或特别法庭以及众多国家法院，都仔细审视国际法院的决定，这样做是正确的。其他法院和法庭以国际法院就一般国际法中广泛的问题发表的见解为指导。不成体系问题辩论的大部分焦点正确地集中在那些做出司法决定的机构上，这不是为了这些机构利益，而是为了国家和其他根据国际法拥有权利和义务的人的利益。³⁶⁸ 与此同时，对话可以更广泛地扩展到其他可能不容易归入司法机构类别的适用国际法的机构。国际法院过去不太情愿援引其他机构的决定，随着时间的推移，现在转而

³⁶⁴ Antonio Cassese, “The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ Judgment on genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), pp. 649–668, at p. 651.

³⁶⁵ Daniel Bethlehem, “The greening of international dispute settlement? Stepping back a little”, *Proceedings of the Annual Meeting, Published by the American Society of International Law*, vol. 114 (2020), pp. 225–234.

³⁶⁶ 国际海洋法法庭，混合氧化物燃料厂案(爱尔兰诉联合王国)，临时措施。

³⁶⁷ Thomas Mensah, “Statement by the President,” Permanent Court of Arbitration, para. 11. Available at <https://pcacases.com/web/sendAttach/877/>.

³⁶⁸ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 72.

采取更开放的方式来审视其他裁判机构的决定，如区域法院和法庭，包括人权法院和特设国际刑事法庭，以及人权条约机构。

267. 正如国际法院在一段反映其对国际法一致性和统一性的严重关切的文字中所解释的那样：“这里的重点是实现国际法的必要明确性和基本一致性，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”。³⁶⁹ 在这方面，法院似乎作为一项司法政策考虑到“有关人权委员会作出的解释，并努力与该委员会表达的意见保持一致”。³⁷⁰ 在适用同一文书时，法院特别强调一致性，而根据该文书，决策机构被赋予解释和适用其条款的特别权限。³⁷¹

268. 上文所述的法院对迪亚洛案的结论并非独一无二。在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(亚美尼亚诉阿塞拜疆)³⁷² 中，法院在确定该公约的时间范围问题时指出，消除种族歧视委员会在巴勒斯坦国针对以色列提交的国家间来文中作出的决定认为，《公约》第十一至十三条“并不表明该机制的使用”仅限于启动程序的“缔约国批准《公约》之后发生的违约行为”。³⁷³ 法院认为：

《消除一切形式种族歧视国际公约》第十一至十三条规定的国家间来文程序与第二十二条款规定的司法机制之间的性质差异。第一种机制旨在监测缔约国遵守《公约》义务的情况，可用于“一缔约国如认为另一缔约国未实施本公约的规定”(第十一条)的情况。后者的目的是解决与各国通过成为《公约》缔约国而同意相互承担的义务有关的争端，司法解决可能导致答辩国对申诉国承担责任。因此，这一机制只能用于解决与有关国家都受到所涉义务约束时发生的事件有关的争端。³⁷⁴

269. 为了描述消除种族歧视委员会在巴勒斯坦国针对以色列提交的国家间来文中的裁定，法院使用了“决定”一词，这使人联想到《规约》第三十八条第一款(卯)项中的“司法判例”类别。法院对消除种族歧视委员会在巴勒斯坦国针对以色列提交的国家间来文中所作决定的评估强调指出，法院的判决与消除种族歧视委员会等机构的决定之间存在差异。在这种情况下，这些差异对于得出规范之间不存在冲突的结论至关重要，因为这些决定涉及不同的问题。

³⁶⁹ 艾哈迈杜-萨迪奥-迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第639页，见第664页，第66段。

³⁷⁰ Giorgio Gaja, “The role of human rights treaty bodies in the interpretation of human rights conventions”, Jorge Viñuales et al. (eds.), *The International Legal Order in the XXIst Century: Essays in Honour of Professor Marcelo Gustavo Kohen* (Leiden, Brill, 2023), pp. 973–981, at p. 979.

³⁷¹ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 238.

³⁷² 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)，初步反对意见，2024年11月12日的判决，第53段。

³⁷³ 消除种族歧视委员会，“巴勒斯坦国提交的针对以色列的国家间来文：初步程序问题和提交委员会”，[CERD/C/100/3](#)(2019年12月12日通过的决定)，第14段。

³⁷⁴ 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)(见上文脚注372)，第54段。

270. 有人会问，是否如有些人所说，在第三十八条中列入司法判例支持更一般的“系统性体制一体化原则”。³⁷⁵ 这一想法应得到支持，因为这表明第三十八条第一款(卯)项的作用是授权国际法院在确定国际法规则时考虑到司法决定。然而，不太清楚的是，这一规定是否意味着有“义务”考虑到其他国际性法院和法庭的司法决定。³⁷⁶ 把此说成是一种义务是不得要领的。更重要的是，在实践中，国际法院会参考其他机构作出的决定，前提是这些决定可能证明对国际法院解决某一争端有用。并无正式规定要求国际法院这样做，就像其他机构审视国际法院的判例那样，那是帮助解决它们面前的具体案件，其他机构本身也没有义务这样做。

271. 因此，依靠辅助手段，特别是司法决定，以及学说等其他手段，来确定国际法规则，可能有助于为某些所谓的“国际法不成体系问题的消极后果”提供原则性解决办法。³⁷⁷ 按照这种观点，除了作为可用于确定义务来源的材料之外，确定国际法规则的辅助手段还可以作为确保国际法律体系一致性的手段。³⁷⁸

272. 考虑到先前暂时通过的结论草案，确定国际法规则的辅助手段，特别是与司法决定有关时，有两个方面很突出，尽管这样说可能过于简单化：(a) 司法决定和学说的适用所涉的审查不针对单独案件，而是司法决定或学说或一般用来确定国际法规则的其他手段的某种更一般的本质；(b) 为了使国际法具有必要的一致性，国际性法院和法庭特别考虑到其他国际性法院和法庭的论证质量和专门知识，十分重视其司法决定。

273. 第一，司法决定或学说的适用涉及的审查不是针对单独案件，而是对司法决定或学说的某些更普遍的本质：这一点从第三十八条第一款(卯)项的措辞中显而易见。第三十八条第一款(卯)项中两个“确定法律规则的辅助手段”的描述在《规约》法文本和英文本中是不同的。关于第一个词，“les décisions judiciaires” / “judicial decisions”，法文本使用定冠词，而英文本没有。³⁷⁹ 因此，问题不是单独的东西，而是司法决定或学说的一些更普遍的本质，“一种累积的整体意义”。³⁸⁰

274. 根据这一理解，审理巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间的仲裁案的法庭拒绝适用一项所谓的原则，即两国之间的国际海洋边界可以根据这两个国家中的一个国家的国民在公海上传统捕鱼的情况来确定。³⁸¹ 法庭认为，习惯国际

³⁷⁵ Mads Andenas and Johann Ruben Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, *Heidelberg Journal International Law*, vol. 77 (2017), pp. 907–972, at p. 970.

³⁷⁶ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 234.

³⁷⁷ A/C.6/76/SR.16, 第 93 段。

³⁷⁸ Andenas and Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, p. 940; 另见 *Semanza* 案, Shahabuddeen 法官的个别意见(上文脚注 344), 第 27-29 段。

³⁷⁹ Franklin Berman, “Authority in international law”, KFG Working Paper Series, No. 22 (Berlin, 2018), p. 7.

³⁸⁰ 同上, 第 7-8 页。

³⁸¹ 巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间关于两国专属经济区和大陆架划界的仲裁, 2006 年 4 月 11 日裁决, 《国际仲裁裁决汇编》, 第二十七卷, 第 147-251 页, 见第 222 页, 第 269 段。另见 *巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案*, 判决, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页起, 见第 40 页, 第 63 段。

法和协定国际法基本上不支持这样的原则：“最明显的支持……是国际法院对扬马延案判决的独特情况……这不足以确立国际法规则”。³⁸²

275. 然而，依赖单一司法决定作为确定国际法规则的辅助手段的情况可能会出现。在涉及丰塞卡湾水域的陆地、岛屿和海洋边界争端案中，国际法院一个分庭认为，中美洲法院 1917 年的一项裁决是“主管法院的相关先例裁决，用《法院规约》第三十八条的话说，是‘确定法律原则之补助资料者’”。³⁸³ 分庭指出，这意味着分庭“必须就分庭本身看来 1917 年判决的价值考虑该判决，对海湾水域的地位决定它自己的看法”。³⁸⁴ 在这一情况下，分庭尽管坚持原则立场，认为分庭不必遵循先前的案件中的做法，但在实践中大体上遵循了中美洲法院先前裁决的论证。³⁸⁵

276. 总之，根据前面的审查，确定国际法规则的辅助手段的这一方面性质，可能影响到这些手段在多大程度上可以解决国际法不成体系问题的某些消极后果。特别报告员甚至可以进一步指出，确定国际法规则的辅助手段，与其说是作为司法决定或学说的单个实例，不如说是作为其一般本质，一种累积的整体意义。单独或在某些情况下一并考虑辅助手段，可能会有力地表明适用的法律规则或对这些规则作出的正确解释用以解决特定案件。论证责任的转移在实践中明显存在，即使没有先例原则，诉讼当事人也会试图推翻类似判决中的常规做法。法院在以前案件中的论证仍然相关的情况下选择遵循其论证的做法是没有争议的，并在决定案件当事方的行为和维护国际法律秩序的原则方面提供了稳定性。

277. 第二，为了使国际法具有一致性，国际性法院和法庭可以给予其他国际性法院和法庭的司法决定“很大的权重”。因此，在迪亚案中，国际法院提到人权事务委员会这一专门机构的“判例”，指出，虽然法院：

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。³⁸⁶

278. 同样，在审视一项条约条款时，国际法院认为人权事务委员会发表的一般性意见与理解《公民及政治权利国际公约》第九条规定的某些义务有关。国际法院虽然重视国际文书，但并没有忽视区域人权体系，实际上还提及非洲人权和人民权利委员会的决定，指出这些决定应该得到“适当考虑”。法院指出：

同样，当法院在这些诉讼中被要求适用一项保护人权的区域文书时，“法院必须适当考虑到专门为监测有关条约的正确适用而设立的独立机构对该文书的解释”。³⁸⁷

³⁸² 巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间的仲裁(见前注)，第 222-223 页，第 269 段(一位委员会委员也指出，在从单个实例中提取原则时需要谨慎)。

³⁸³ 陆地、岛屿和海洋边界争端案(见上文脚注 127)，第 601 页，第 403 段。

³⁸⁴ 同上。

³⁸⁵ 同上，第 404 段。

³⁸⁶ 迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决(见上文脚注 369)，第 66 段。

³⁸⁷ 同上，第 67 段。

这些评论不一定是“基于有关条约具体条款的论点”；它们显然普遍适用于“其他条约机构[在其判例和对各自条约的一般性意见中]所作的解释”。³⁸⁸

279. 不清楚的是“很大的权重”和“适当考虑”是指两种不同的标准，还是基本上反映同一个概念。无论如何，要点是，国际法院正确地认为，不应忽视对解释国家在这些情况下的义务具有主要权限的专门机构的意见。如果没有其他原因，这些机构显然可以对各国授权它们负责的条约中的国际规则作出有益的解释。特别报告员将在本报告第四章中再次讨论由各国设立的专家条约机构的工作。

280. 尽管有义务考虑其他国际性法院和法庭的司法决定，³⁸⁹ 但“没有义务遵循其他法官或仲裁员的裁决”。³⁹⁰ 因此，国际法院在一定程度上不愿意依赖索赔委员会和投资法庭作出的仲裁裁决。在巴塞罗那电车公司案中，当事方依据的是一般仲裁判例，国际法院认为，“在大多数情况下，所援引的裁决依据的是确立法庭或索赔委员会管辖权并确定哪些权利可得到保护的文书的条款；因此，对这些裁决不能超越每个案件的特殊情况一概而论”。³⁹¹

281. 同样，在出入太平洋的协谈义务案中，国际法院重申其在巴塞罗那电车公司案中的结论：

法院指出，在关于外国投资者与东道国之间争端的仲裁裁决中，可以找到合理期望的提法，这些裁决适用了规定公正公平待遇的条约条款。这种提法并不意味着在一般国际法中存在着一项会在可被视为合法期望的基础上产生一项义务的原则。³⁹²

282. 另一方面，国际法院虽然不以任何方式暗示自己必须遵循其他机构的做法，但有时会认为，如果这些做法与国际法院审理的案件有关，则从这些做法中寻求启发是有益的。在法院本身由于任何原因关于某一点的判例很少的情况下尤其如此。损害赔偿问题就是这样的情况，几十年来没有出现过，事实上只在1949年裁决科孚海峡案³⁹³时发生过一次。

283. 因此，在迪亚洛案中，国际法院在赔偿判决中明确解释说：

法院考虑了其他国际性法院、法庭和委员会(如国际海洋法法庭、欧洲人权法院、美洲人权法院、伊朗—美国索赔法庭、厄立特里亚—埃塞俄比亚索偿委员会和联合国赔偿委员会)的做法，这些法院、法庭和委员会在确定赔偿数额时适用了关于赔偿的一般原则，包括关于非法拘禁和驱逐所造成伤害的赔偿原则。³⁹⁴

³⁸⁸ Gaja, “The role of human rights treaty bodies ...”, p. 974.

³⁸⁹ 但见委员会2024年通过的结论草案7中的告诫。

³⁹⁰ Gilbert Guillaume, “The use of precedent by international judges and arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2 (2011), pp. 5–24, at p. 19.

³⁹¹ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注381)，第63段。

³⁹² 出入太平洋的协谈义务案(玻利维亚诉智利)，判决，《2018年国际法院案例汇编》，第507页起，见第559页，第162段。

³⁹³ 科孚海峡案(大不列颠及北爱尔兰联合王国诉阿尔巴尼亚)。

³⁹⁴ 迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，赔偿，判决，(见上文脚注283)，第13段。

284. 格林伍德法官在分别的声明中表示完全同意法院的做法：

由于这是自科孚海峡案(联合王国诉阿尔巴尼亚)(赔偿数额评估, 判决, 《1949年国际法院案例汇编》, 第171页)以来法院第一次需要评估损害赔偿, 法院认识到其本身的判例中可供借鉴的内容很少, 于是全面审查了其他国际性法院和法庭的做法, 特别是主要的人权法院的做法, 这些机构在评估事实与本案非常相似的案件中的损害方面拥有丰富的经验。³⁹⁵

285. 格林伍德法官还提到了有关法院在确保国际法一致性方面的作用的其他论点。他指出, 国际法“是一个单一、统一的法律体系, 每个国际性法院可以而且应该借鉴其他国际性法院和法庭的判例, 即使不一定得出相同的结论”。³⁹⁶

286. 尽管如此, 在迪亚洛案中, 法院指出, 虽然在该案中法院自己的解释得到人权事务委员会“判例的充分证实”, 但法院“在行使司法职能时, 绝没有义务参照委员会的意见来解释《公约》”。³⁹⁷ 从陆地、岛屿和海洋边界争端案³⁹⁸ 和波斯尼亚种族灭绝案³⁹⁹ 中也可以明显看出这一点。在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)中, 法院回顾其在迪亚洛一案中所表示的意见, 即法院必须给予人权事务委员会的解释“很大的权重”, 但法院“在行使其司法职能时, 绝没有义务以委员会的解释作为自己对《公约》的解释的模式”。⁴⁰⁰ 法院还说, 在审理涉及《公约》解释的案件时, 法院认真考虑了消除种族歧视委员会对基于国籍的歧视问题采取的立场。法院按照要求适用关于条约解释的相关习惯规则, 得出了[不同的结论]。⁴⁰¹

287. 法院在迪亚洛案中指出, 法院对《公民及政治权利国际公约》的解释“得到人权事务委员会判例的充分证实”, 而在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)中, 法院“没有沿用[消除种族歧视委员会的]解释, 并得出结论认为, 与该委员会的意见相反, 国籍不是《公约》所涵盖的歧视因素之一”。⁴⁰²

288. 如果称法院在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)中“重新考虑”了在迪亚洛案中的做法, 那似乎是不正确的。⁴⁰³ 如果在该案中沿用迪亚洛案中的做法, 明确表示没有义务遵循其他法院和法庭的司法决定, 不沿用消除种族歧视委员会的判例(即使法院处理的是该条约机构专

³⁹⁵ 同上, 格林伍德法官的声明, 第324页, 第8段(强调是后加的)。

³⁹⁶ 同上。

³⁹⁷ 迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国), 实质问题, 判决(见上文脚注369), 第66段。

³⁹⁸ 陆地、岛屿和海洋边界争端(见上文脚注127), 第403段。

³⁹⁹ 《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131), 第403段。

⁴⁰⁰ 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国), 初步反对意见, 判决, 《2021年国际法院案例汇编》, 第71页起, 见第104页, 第101段。

⁴⁰¹ 同上。

⁴⁰² Gaja, “The role of human rights treaty bodies ...”, p. 975.

⁴⁰³ 参看 Marius Emberland, “The Committee on the Rights of the Child’s admissibility decisions in the ‘Syrian Camps Cases’ against France: a critique from the viewpoint of treaty interpretation”, *Human Rights Law Review*, vol. 23 (2023), pp. 1–11, at p. 11.

门职权范围内的事项), 该案也很特殊, 因为对消除种族歧视委员会而言, 关于条约解释的习惯国际法规则, 用处理波斯尼亚种族灭绝罪案的话来说, 是“不属于其具体管辖范围的一般国际法问题”。⁴⁰⁴ 关于条约解释的习惯国际法规则属于一般国际法问题, 特别适合由国际法院裁定, 但不合适由消除种族歧视委员会处理。

289. 其他国际法庭也认为, 它们有义务考虑其他机构的决定, 但不一定要沿用这些决定。例如, 在前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 如上文所述, 上诉分庭拒绝将国际法院对 Tadić 案的裁决作为“先例”。该法庭煞费苦心地指出, “上诉分庭尽管必然会考虑到国际性法院的其他裁决, 但在仔细考虑后, 可能会得出不同的结论”。⁴⁰⁵

290. 问题是, 国际性法院可以自由选择审查其他法院和法庭的工作, 只要这些工作可能对解决手头的问题有关。同样, 这是一个重要的问题, 在这些法院和法庭的诉讼中出庭的缔约国通常会引用各种材料, 包括以前的裁决、学说和其他材料, 这表明缔约国显然认为这些材料与解决其案件有关。赋予这些材料的价值和权重可能会各有不同。但做法几乎总是一样的。

291. 在某些情况下, 除了法庭本身之外, 法庭的创建者也力求确保国际法的统一性和一致性, 表示希望将不同法院的判例法联系起来。这一努力虽然没有达到应有的频繁程度, 但在某些情况下出现了不同的有趣转折。例如, 在设立塞拉利昂问题特别法庭时, 联合国和塞拉利昂政府在法院规约中列入了一项明确规定, 旨在通过将两个法庭联系起来, 以加强其判例的一致性, 避免各自为政, 正如安全理事会在 1993 年和 1994 年分别对前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭所做的那样。联合国和塞拉利昂根据一项双边条约通过的《塞拉利昂问题特别法庭规约》第 20 条第 3 款试图限制相互冲突的司法决定和国际刑法不成体系的可能性, 规定法庭上诉分庭的法官“应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决为指导”。⁴⁰⁶ 在塞拉利昂法律的解释和适用方面应以塞拉利昂最高法院的裁判为指导。”⁴⁰⁷

292. 即使在这种情况下, 塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭在解释该条款第一部分时, 在 Norman 案中确定了一种立场, 使法庭在裁决案件时具有司法灵活性:

虽然我们无意减损[卢旺达问题国际刑事法庭]和[前南斯拉夫问题国际刑事法庭]裁决作为先例的作用或说服作用, 但必须强调, 采用《规约》第 20

⁴⁰⁴ 《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 131), 第 403 段。

⁴⁰⁵ *Delalić*, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber (见上文脚注 307), para. 24.

⁴⁰⁶ 见秘书长关于设立塞拉利昂问题特别法庭的报告, S/2000/915, 第 41 段。

⁴⁰⁷ 《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》(附《规约》)(2002 年 1 月 16 日, 弗里敦), 联合国, 《条约汇编》, 第 2178 卷, 第 38342 号, 第 137 页, 见第 152 页, 第 20 条(强调是后加的)。另见塞拉利昂问题特别法庭, 检察官诉 Issa Hassan Sesay、Morris Kallon 和 Augustine Gbao 案, SCSL-04-15-T 号案件, 判决, 2009 年 3 月 2 日, 审判分庭, 第 295 段。关于塞拉利昂问题特别法庭判例的评论, 见 Charles Chernor Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge, Cambridge University Press, 2020)。

条中的“应以……为指导”这一提法，并不意味着要不加批判地一味效仿我们的兄弟法庭所阐述的原则和理论。⁴⁰⁸

293. 特别法庭上诉分庭基本上强调，另一项裁决的权威性也取决于其对后来裁决者的说服力，而不仅仅是一项正式的法定要求。这与委员会在本专题中的结论是一致的，也就是说，委员会认为更重要的是后一项决定中的论证质量。此外，特别法庭上诉分庭认为，作为特别法庭两级系统中的最高分庭，法庭有义务确保其他法院对法律的解释(即使处理同样的问题)需要与法庭自身的具体法定背景一致：

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，[卢旺达问题国际刑事法庭]和[前南斯拉夫问题国际刑事法庭]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决定中保持逻辑上的一致性和统一性。⁴⁰⁹

294. 国际法庭就法律问题作出的每一项决定所涉及的主要问题是确定相关和适用规则的实质性内容。⁴¹⁰ 此分析涉及“一系列更广泛的考虑因素和潜在来源，司法决定只是其中一个因素”。⁴¹¹ 因此，正如若干国际性法院法官和许多学者所强调的那样，国际法需要一致性和可预测性。在寻求这种一致性的过程中，决定或论点的质量最为重要。

295. 在解释法律时，一致性和论证的价值也得到了远远超出司法决定的其他辅助手段的帮助。例如，即使法庭没有引用学说，学说也有助于确认某一特定的解释。在这方面，由于国际法院的判决很少利用学说，因此存在局限性(尽管如第一次报告所指出，法院在这方面的做法不同于其他法庭的做法)。关于这一点，有一种倾向是，只引用某些少数学者的见解，例如 Anzilotti、Basdevant、Lauterpacht、Fitzmaurice 和 Oppenheim。⁴¹² 某些在国际法更专业的领域耕耘的学者，例如 Gidel 及其海洋法著作，也获得了相似地位。⁴¹³ 例如，Gidel 的《国际

⁴⁰⁸ 塞拉利昂问题特别法庭，检察官诉 Samuel Hinga Norman 案，案件号：SCSL-2003-08-PT，对检察官关于立即对证人和受害人采取保护措施和不公开披露的请求的裁定，2003年5月23日，审判分庭，第11段。

⁴⁰⁹ 同上。

⁴¹⁰ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 233.

⁴¹¹ 同上。

⁴¹² Pierre-Marie Dupuy, “La pratique de l’article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales”, *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law* (United Nations publication, Sales No. E/F/S.99. V.13), pp. 377–394, at p. 393; Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 94.

⁴¹³ J.P.A. François, “L’influence de la doctrine des publicistes sur le développement du droit international”, *Mélanges en l’honneur de Gilbert Gidel* (Paris, Sirey, 1961), pp. 275–281, at p. 281.

海洋公法》⁴¹⁴ 曾经被国际法院、⁴¹⁵ 各仲裁法庭、⁴¹⁶ 国际海洋法法庭⁴¹⁷ 引用；Oppenheim 著作的各版本曾经被国际法院、⁴¹⁸ 各仲裁法庭⁴¹⁹ (包括国际投资争端解决中心和联合国国际贸易法委员会⁴²⁰)和欧洲人权法院⁴²¹ 引用。如果国际性法院和法庭以及其他在不同领域适用国际法的机构都阅读借鉴同样的学说，这可能有助于避免出现不成体系问题。⁴²²

296. 如果一个国际性法院或法庭被要求审议其他法庭就某一法律问题所作裁判的相关性，《规约》第三十八条第一款(卯)项规定了审议的框架。其他法庭的决定本身不是法律渊源；这些决定是法庭借助处理该事项的手段之一，可据以确定法律规则的内容，无论这些规则载于习惯国际法、公约还是一般原则。⁴²³

G. 拟议结论草案 12——法院和法庭决定的一致性

297. 考虑到对可能破坏国际法作为一个法律体系的统一性和一致性的情况的上述分析，特别报告员提出以下结论草案，旨在促进国际法解释的统一性和一致性。拟议的结论草案由两段组成。第一段以委员会在关于不成体系问题的工作中始终强调的一个无可争议的论点为基础，即国际法是一个单一、统一的法律体系。这种表述虽然含蓄地同意各国际法庭的法律依据可能不同，但规定负责解释和适用国际法的国际性法院和法庭应促进国际法律制度的一致性、稳定性和可预测性。

298. 第二句的开头与第 1 段所述的原则声明相联系，具体处理本章讨论的前南斯拉夫问题国际刑事法庭和国际法院的裁决中所显示的决定相互冲突的问题。其中规定，在按照国际法渊源确定国际法规则时，如果不同法院或法庭对基本上同一问题的决定所作的法律解释或论证之间似乎存在冲突，应考虑到实现国际法必要的明确性和基本一致性的好处。

299. 关于特别报告员的论证的几点意见可能会有所帮助。第一，提及“特定案件”中的决定既事关诉讼案件，也事关咨询意见。第二，请注意，这里所指的不

⁴¹⁴ Gilbert Gidel, *Le droit international public de la mer*, vols. I–III (Chateauroux, Mellottée, 1932–1934).

⁴¹⁵ 陆地、岛屿和海洋边界争端(见上文脚注 127)，第 394 段。

⁴¹⁶ *La Bretagne (Canada/France) International Law Reports*, vol. 82 (1986), p. 591, at p. 627, para. 50.

⁴¹⁷ “Norstar” 号案(见上文脚注 201)，Cot、Pawlak、Yanai、Hoffmann、Kolodkin 和 Lijnzaad 法官和 Treves 专案法官的联合反对意见，第 19 段。

⁴¹⁸ 陆地、岛屿和海洋边界争端案(见上文脚注 127)，第 394 段。

⁴¹⁹ *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)*, Award, 23 August 1958, *International Law Reports*, vol. 27 (1963), p. 117, at p. 211.

⁴²⁰ International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Sudapet Company Limited v. Republic of South Sudan*, ICSID Case No. ARB/12/26, Award, 30 September 2016, para. 324; *Sandline International v. Papua New Guinea*, Interim Award, 9 October 1998, *International Law Reports*, vol. 117 (1998), pp. 555–565, at p. 561, para. 10.2.

⁴²¹ *Bankovic v. Belgium*, Decision, 12 December 2001, *International Law Reports*, vol. 123 (2003), p. 94, at paras. 59–60.

⁴²² Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 175.

⁴²³ McLachlan, *The Principle of Systemic Integration in International Law*, p. 259.

是相互冲突的决定，而是这些决定中可能包含的相互冲突的法律解释。这种细微差别的原因很简单。除 2024 年委员会第七十五届会议通过的关于这一专题的结论草案所确认的具体情况外，国际法中不存在遵循先例的原则。因此，不能要求一个法庭必须遵循另一个法庭的决定，当然，某一文书或规则(如结论草案 7 中的国际法中没有先例规则)对此作出具体规定的情况除外。

300. 第三，所涉问题必须是类似的法律问题，因此可能有助于解决所涉问题。第四，“似乎”一词的意思是既包括存在实际冲突的情况，也包括仅存在表面冲突的情况。第 1 段和第 2 段所列规定的适用可能表明，表面上的冲突实际上不是真正的冲突。第 2 段中“实现国际法必要的明确性和基本一致性”的措辞是受国际法院对艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案的判决启发的。⁴²⁴ 国际法院强调，这种做法为国家提供了更大的法律安全性，在所涉案件中，也为由各国负责保障某些权利的个人提供了更大的法律安全性。第 1 段中的稳定性概念也反映了法律安全性的概念。

结论草案 12

法院和法庭决定的一致性

1. 负责解释和适用国际法的法院或法庭应在其职权范围内尽可能促进国际法律体系的一致性、稳定性和可预测性。
2. 根据第 1 段，在确定国际法规则适用于某一特定案件时，如果不同法院或法庭对基本上同一问题的决定所作的法律解释之间似乎存在冲突，应考虑到实现国际法必要的明确性和基本一致性的好处。

七. 确定法律规则的“辅助手段”与“补充解释手段”之间的关系

301. 本章论述确定国际法规则的“辅助手段”与条约法规定的“补充解释手段”之间的关系。作此论述是因为委员会成员和各国要求澄清这一问题。

302. 探讨此专题的原因可以追溯到委员会早期在这方面开展的工作。当时成员们建议研究这个关系对于确定和解释国际法规则有何影响。此问题最初并未列入本专题的大纲，但根据各国在第六委员会的发言和随后在国际法委员会的讨论，这个问题受到了重视。特别报告员第二次报告第 62、63 段明确表示此问题很重要，承诺按委员会一些成员和各国的要求予以全面处理。⁴²⁵

303. 按照提出这两个概念的条款的用法，它们无疑具有不同的职能。《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项规定，“司法判例及权威最高之公法学家学说”为确定国际法规则的辅助手段。这意味着这些判例和学说是适用国际法渊源的机制。与此同时，1969 年《维也纳公约》第三十二条规定，“解释之补充资料”(补充解释手段)，包括条约的准备工作和缔约情况，得用于证实条约的意义，或在作初始解释而意义仍属不明或难解或显属荒谬或不合理时用于确定其意义。唯有在适用 1969 年《维也纳公约》第三十一条所载条约解释通则所规定分

⁴²⁴ 见迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决(见上文脚注 369)，第 66 段。

⁴²⁵ 见 A/CN.4/769，第 62-63 段。

析步骤之后，方得诉诸补充手段。关键的是，这两项规定都被认为构成国际习惯法，意味着它们具有广大的适用范围。

304. 然而，两项规定之间的关系有几个基本问题。首先，需要解决它们的概念区分问题，即它们是否为完全独立的法律工具，还是在适用上存在实质性的重叠。其次，需要审视它们的层级关系(如果有这种关系)，特别是在两者可能同时适用的情况下。第三，它们在司法论证中的实际互动值得关注，特别是考虑到不同的国际性法院和法庭采用的方法各不相同。

305. 进行这项分析的时机特别恰当。随着国际性法院和法庭在其判例中日益涉及这两项规定，了解它们之间的关系对于保持论证的一致性至关重要。使这一点更为重要的是，国际性法庭日益专门化，而不同法庭在解释过程和确定过程上的做法可能不同。这些问题中的一部分在专门探讨国际法“不成体系”问题的上一章作了阐述。

306. 本分析旨在探讨这些问题，同时考虑到某些限制条件。这方面的一个关键点在于法律渊源与辅助手段之间存在本质差异，因为 1969 年《维也纳公约》第三十一至三十三条所载的条约解释规则属于法律渊源范畴。这种概念上的区别为理解两者之间的关系提供了一个重要起点。

A. 本专题迄今为止与确定过程有关的工作

1. 前两次特别报告员报告

307. 特别报告员在第一次报告中表示第二次报告将详细探讨辅助手段的职能。⁴²⁶ 在国际法委员会和第六委员会的辩论中，一些成员和国家强调有必要澄清辅助手段的确切性质和职能。⁴²⁷

308. 第二次报告通过全面分析辅助手段的辅助性质及其与国际法渊源的关系，探讨了这一问题。⁴²⁸ 基于该分析，特别报告员随后提出了结论草案 6，旨在阐明辅助手段的基本特征及其在实践中的具体运作。以下几节介绍该结论草案的主要内容，讨论了其与第二次报告所提出的整体分析框架的关系。⁴²⁹

⁴²⁶ 见 A/CN.4/760, 第 388 段。

⁴²⁷ A/78/10, 第 84-98 段。

⁴²⁸ 见 A/CN.4/769, 第 64-126 段。

⁴²⁹ 本节中的评论意见涉及特别报告员在其第二次报告(A/CN.4/769)中提出的结论草案 6:

“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。”

委员会暂时通过的结论草案 6(A/79/10, 第 74 段)内容如下:

“结论草案 6

辅助手段的性质和作用

1. 辅助手段不是国际法的渊源。辅助手段的作用是协助确定国际法规则的存在及内容。

2. 材料用作确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。”

309. 结论草案从几个关键方面阐述了辅助手段的性质及职能。这个分层分析结构首先论述辅助手段的性质((a)分段), 然后论述其职能((b)分段), 为理解何为辅助手段、辅助手段在实践中如何运作建立了框架。

310. (a)分段阐明了辅助手段与正式渊源之间的基本关系, 将辅助手段定性为“辅助性的”。这是第二次报告对第三十八条第一款(子)至(寅)项与第三十八条第一款(卯)项之间的等级区分所作分析的结果。⁴³⁰ 选用‘辅助性的’一词反映了第一次会议上提到的语言争议, 当时对如何翻译“subsidiary”(辅助)、“auxiliary”(辅助)、“auxiliaire”(辅助)这三个词的问题凸显了概念上的细微差别。⁴³¹

311. 重要的是, (b)分段扩大了辅助手段的职能范围, 使之超出单纯的“确定”, 而涵盖三种不同但相关的职能: 识别、解释、适用。这个三种职能的提法在早期讨论主要围绕“确定”的基础上, 向前迈出了重要一步。它提出: 辅助手段不仅有助于确定规则是否存在, 而且有更为复杂的作用。

312. 这一观点扩大了职能的范围, 与第二次报告关于法律的确定有两个层面的论述相契合。⁴³² 第一个层面是直接援引法律渊源, 第二个层面则是间接以辅助手段来识别、解释、适用规则。

313. 结论草案的提法要将解释确立为辅助性手段针对所有国际法渊源的核心职能之一。这种将范围扩大的提法确认, 辅助手段不仅有助于解释条约规定, 还有助于解释习惯规则和一般法律原则。

314. (b)分段的“主要是在……时使用”一语表示, 虽然这些是辅助手段的主要职能, 但辅助手段也可能有其他用途。这与第二次报告对历史上在起草第三十八条时达成的折衷方案的论述相一致, 因为报告确认判例有可能“塑造、影响甚至发展国际法”, 同时仍保持其辅助性质。⁴³³

315. 结论草案的结构也反映了第二次报告所概述的从两个层面确定法律的方式。结论草案首先确立辅助手段的辅助性质, 然后详细说明其具体职能, 既保持了渊源与辅助手段之间的重大区别, 又确认了后者在实际运作中的重要作用。

316. (b)分段提到“源自国际法渊源的国际法规则”, 强化了(a)分段确立的辅助关系, 强调辅助手段总是通过参照主要渊源发挥作用, 从而佐证了特别报告员在第二次报告中的主张, 即辅助手段“不能自成一体, 而必须参照其他法律渊源”。⁴³⁴

317. 这一提法解决了报告中指出的历史争议, 即有些人认为辅助手段只是确定现有规则, 而另一些人则认为其在法律发展方面具有潜在的作用。⁴³⁵ 结论草案确认辅助手段具有多种职能, 同时保持其辅助性质, 而不是采用单一的、无所不

⁴³⁰ A/CN.4/769, 第 78 段。

⁴³¹ 见 A/CN.4/SR.3633, 第 5 页。

⁴³² 见 A/CN.4/769, 第 79-82 段。

⁴³³ 同上, 第 87 段。

⁴³⁴ 同上, 第 82 段, 引用 Andenas and Leiss, “The systemic relevance of ‘judicial decisions’ in Article 38 of the ICJ Statute”, p. 927。

⁴³⁵ 同上, 第 84-87 段。

包的职能定义(其中不考虑辅助手段在实际中表现的细微差别),从而希望在上述两种观点之间取得平衡。

318. 结论草案的方法还具有实践意义。它表明,辅助手段不仅可以合理地用于确定规则的存在,还可以用于理解规则的意义及其适用。这个更广泛的职能范围反映了国际法律实践的现实。

2. 委员会对补充手段的讨论

319. 委员会对特别报告员第二次报告的讨论引发了关于辅助手段与解释之间关系的实质性辩论,特别是关于结论草案 6 的辩论。特别报告员确认有必要在今后的报告中讨论辅助手段与 1969 年《维也纳公约》所规定的补充解释手段之间的联系,这是今后需要分析的一个重要领域,即《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项与 1969 年《维也纳公约》第三十二条之间的联系。⁴³⁶

320. 结论草案 6 的(b)分段拟议的提法是:辅助手段“主要是在识别、解释和适用……国际法规则时使用”,⁴³⁷这一点成为讨论的焦点。有评论⁴³⁸指出该提法所述的是何时使用辅助手段,而不是其职能,并认为应将重点放在确定规则的存在及内容上。此评论提出,解释是职能,而确定具有更根本的作用,两者之间可能存在矛盾。由于采用“主要”一词,而且省略了确保可预测性和一致性等其他职能,⁴³⁹因此对辅助手段的范围的理解变得更加复杂。

321. 随后,讨论内容扩大到辅助解释手段的实际适用问题。对国内法院的作用进行了审视,有成员提出⁴⁴⁰国内法院虽不受国际法院判例的约束,但仍将这些判例作为权威解释,并感觉有义务考虑到这些判决。这表明辅助手段与国家一级的解释之间有着微妙的关系。进一步凸显实践中差异的是,哥斯达黎加宪法法庭对美洲法院解释的态度⁴⁴¹的例子表明,一些法律体系对辅助手段的解释职能持更宽泛的看法。这促使有成员呼吁⁴⁴²采取较宽泛的方法,包括审查国际法院和国际海洋法法庭以外的做法,如审查区域人权法庭、投资人与国家间争端解决机制、世贸组织争端解决机构的做法。

322. 最后,讨论谈到了更广泛的理论性内容。有一项法律原则是不论法律传统如何,对同类案件均应一视同仁,⁴⁴³这为理解辅助手段在解释中的职能提供了更广泛的背景。美洲人权法院的“以公约为准”规则⁴⁴⁴表明,一些法庭扩大了其解释的影响,模糊了第三十八条第一款(卯)项所述解释职能与国际法更广泛发展之间的界限。

⁴³⁶ 同上,第 8 段。

⁴³⁷ 同上,第 126 段。

⁴³⁸ A/CN.4/SR.3663(临时),第 11 页(Oyarzábal 先生)。

⁴³⁹ 同上。

⁴⁴⁰ 同上,第 8 页(Reinisch 先生)。

⁴⁴¹ 同上,第 13-14 页(Galindo 先生)。

⁴⁴² 同上,第 13 页。

⁴⁴³ 同上,第 9 页(Reinisch 先生)。

⁴⁴⁴ 同上,第 14 页(Galindo 先生)。

323. 一份重要的材料⁴⁴⁵对1969年《维也纳公约》第三十二条和《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项进行了比较分析,指出了两者的根本差异。该分析强调,第三十二条仅侧重于条约的解释,而第三十八条第一款(卯)项则涉及确定法律规则这一更广泛的任务,其包括的不仅是解释。该分析突出显示了1969年《维也纳公约》所规定“补充”手段与《国际法院规约》所规定“辅助”手段之间的区别,也显示了这两项规定的目标不同,预期受众也不同。该分析以秘书处的备忘录为据,进一步佐证了法律的形成、解释、确定三者间存在这种区分。⁴⁴⁶

324. 尽管作出了这一澄清,但对于应将解释视为独特职能还是确定的一个组成部分,仍存在争议。结论草案6的(b)分段在“解释”之外还一并纳入了“识别”和“适用”,有成员对此提出质疑,⁴⁴⁷表明质疑者倾向于在解释与辅助手段在确定方面增大的作用之间作出明确的区分。

325. 术语的模糊性造成了更复杂的问题。有成员强调需要区分“auxiliary”(辅助)和“assistive”(辅助),还需要区分“确定”和“识别”。⁴⁴⁸一些成员认为,“确定”等同于“识别”,或者至少是包含在“识别”之中。国际法院法官在用辅助手段处理不同事项时会使用特定的语言,如将“宣告”和“支持”等术语用于确定规则是否存在,而将“解释”、“定义”、“澄清”用于确定规则的内容。对此进行的一项研究揭示了职能上的细微差异。⁴⁴⁹这一语言分析表明,确定和解释之间的关系比原以为明显的关系要复杂。

326. 有成员进一步强调了辅助手段与1969年《维也纳公约》解释原则之间的区别,⁴⁵⁰认为后者涉及法律渊源,在性质上不同于辅助手段。有成员对模糊使用“auxiliary”(辅助)、“subsidiary”(辅助)、“gap-filling”(填补空白)等用语表示关切,其中特别关注的是“填补空白”对理解辅助手段有潜在的影响。⁴⁵¹有成员也强调需要对这些术语作出更明确的定义和区分,⁴⁵²同时还质疑结论草案6的(b)分段是否全面涵盖了辅助手段的职能范围。

327. 有成员从语言学角度指出,⁴⁵³“辅助手段”的中译文清楚地表明了其非渊源地位,从而加强了其主要作为确定法律规则的辅助手段的论点。有成员强调,必须遵守1969年《维也纳公约》既定的条约解释规则,⁴⁵⁴为此提到国际法院1950年对庇护案的判决。与会者还确认不同语文在翻译上的困难,⁴⁵⁵且认为注重辅助手段的非渊源性质可能有助于克服这些语言方面的障碍。

⁴⁴⁵ A/CN.4/SR.3664(临时),第12页(Mangklatanakul 女士)。

⁴⁴⁶ A/CN.4/SR.3664(临时),第3页(Forteau 先生)。

⁴⁴⁷ 同上,第12页(Asada 先生)。

⁴⁴⁸ A/CN.4/SR.3665(临时),第3页(Ridings 女士)。

⁴⁴⁹ 同上,第3-4段。

⁴⁵⁰ 同上,第6页(Paparinskis 先生)。

⁴⁵¹ A/CN.4/SR.3666(临时),第15页(Lee 先生)。

⁴⁵² 同上,第3页(Oral 女士)。

⁴⁵³ 同上,第18页(Huang 先生)。

⁴⁵⁴ 同上;另见同上,第11-12页(Fife 先生)。

⁴⁵⁵ 同上,第5-6页(Zagaynov 先生)。

328. 最后，有成员探讨了推迟讨论作为补充解释手段的司法决定会引起的问题，特别提到拉格朗案及其在其他法庭解释自身组织条约方面产生的影响。⁴⁵⁶ 拉格朗案解释的追溯适用以及事实上的先例和正式解释规则之间的区别⁴⁵⁷ 进一步突出显示了辅助手段、解释、国际法发展三者之间复杂的相互作用。

329. 特别报告员对所有成员参与本专题的讨论深表赞赏，包括赞赏在关于“确定”与“识别”的辩论中作为对立双方的成员们所表达的不同意见，但他感觉自己处于一个困难的境地。委员会许多成员的意见倾向于只接受辅助手段有一项单一职能，而另一些成员则认为辅助手段可能具有多种职能。或者用不太对立的话来说，一些成员认为辅助手段具有一项总体职能，但也愿意承认(即使不完全同意)其在实践中有某些次级职能。

3. 各国在第六委员会提出的意见

330. 在第六委员会的辩论中，关于辅助手段专题有各种各样的意见，特别是在条约解释方面。本报告第二章讨论了辩论的较为一般性的方面。此处仅讨论这些意见直接涉及本章主题的内容，即补充解释手段与确定国际法规则的辅助手段之间的关系问题。

331. 各国普遍承认辅助手段的辅助性质，但对于其应在多大程度上影响国际法的解释，以及这些手段与 1969 年《维也纳公约》第三十二条所述的补充解释手段是何关系，各国的立场存在分歧。几个例子也许足以说明最根本的要点。欧洲联盟主要关注辅助手段的性质及其与法律渊源的关系，但明确将辅助手段与解释过程联系起来。⁴⁵⁸ 欧盟的陈述不仅仅是承认辅助手段可确定规则；辅助手段还积极协助“解释、适用、发展国际法主体所表达的意愿”。⁴⁵⁹ 这表明辅助手段不仅在确定现有规则方面，而且在影响规则的意义和在不断演化的背景下适用规则方面，都发挥着积极作用。欧洲联盟对“发展”的强调还意味着辅助手段可以通过解释职能为逐渐发展国际法发挥作用。

332. 丹麦(代表北欧国家)⁴⁶⁰ 还关注辅助手段的解释职能。⁴⁶¹ 该国认为第三十八条第一款(卯)项所指的是某个“重要渊源”提供“可能有助于和影响解释的有用的重要证据”。⁴⁶² 这一陈述将辅助手段定位为积极促进解释过程，而不是简单地提供静态的答案。使用“影响”一词表明，辅助手段可以影响解释的结果，突出表明了其对国际法意义具有潜在影响。⁴⁶³

⁴⁵⁶ A/CN.4/SR.3667(临时)，第 6-7 页(Okowa 女士)。

⁴⁵⁷ 同上，第 7-8 页。

⁴⁵⁸ 见欧洲联盟(A/C.6/79/SR.25)。

⁴⁵⁹ 同上。

⁴⁶⁰ 见丹麦(代表北欧国家发言)(同上)。

⁴⁶¹ 同上。

⁴⁶² 同上。

⁴⁶³ 同上。

333. 巴西⁴⁶⁴ 与其他一些代表团一样，提出了辅助手段的目的问题，要求澄清辅助手段除用于确定规则是否存在和确定其内容外，还可以有哪些其他用途。

334. 以色列⁴⁶⁵ 对国际法渊源与辅助手段作出明确区分，强调后者是“有助于确定和澄清现有规则的解释工具”。此说法明确将辅助手段与解释过程联系起来。以色列的观点是，辅助手段并非用于制定新的法律，而是为了帮助理解现有规则的意义。这符合对第三十八条第一款(卯)项的传统理解方法，即辅助手段提供理解法律的工具，而不构成法律渊源本身。以色列强调辅助手段具有“澄清”职能，表示其可用于解决国际法意义模糊或不确定之处，而这是解释的一个关键方面。

335. 加拿大强调，当各国无法就如何解释规则达成一致意见时，辅助手段可发挥实际作用。该看法确认解释并不总是直截了当的过程，因此辅助手段对于解决关于意义的争议可能特别有用。加拿大的发言表明，即使各国最初的解释不同，仍可利用辅助手段就如何理解有约束力义务的渊源所含规则达成共识。⁴⁶⁶

336. 荷兰王国明确将辅助手段专题与国际法的解释和适用联系起来，指出该专题有可能帮助确定所谓的软法律如何能促进这些过程。这意味着辅助手段并不限于传统的法律渊源，也可包括不具约束力的文书。⁴⁶⁷

337. 澳大利亚⁴⁶⁸ 直接论述了辅助手段与 1969 年《维也纳公约》第三十二条所规定补充解释资料之间的关系。⁴⁶⁹ 这凸显了这两套工具可能存在重叠。⁴⁷⁰ 澳大利亚请委员会概述对这种关系有何看法，表明需要更明确地说明这两套工具是如何互动的。⁴⁷¹

338. 埃及就国际法的主要渊源与辅助手段之间的关系提出问题，特别是问如何区分以下两个方面，一是“解释、适用、识别、查明”，一是“确定法律规则”的过程。⁴⁷² 埃及的疑问表明，在解释一项规则与确定其是否存在或其有何内容这两者之间，界限可能并不总是很清楚，而辅助手段在这两个过程中都可能发挥作用。⁴⁷³

339. 密克罗尼西亚联邦强调，辅助手段在“确定、解释、适用国际法规则”方面具有关键作用。⁴⁷⁴ 此观点明确将辅助手段与上述这三个过程联系起来。

⁴⁶⁴ 见巴西(同上)。

⁴⁶⁵ 见以色列(A/C.6/79/SR.26)。

⁴⁶⁶ 见加拿大(同上)。

⁴⁶⁷ 见荷兰王国(同上)。

⁴⁶⁸ 见澳大利亚(同上)。

⁴⁶⁹ 同上。

⁴⁷⁰ 同上。

⁴⁷¹ 同上。

⁴⁷² 见埃及(A/C.6/79/SR.27)。

⁴⁷³ 同上。

⁴⁷⁴ 见密克罗尼西亚联邦(同上)。

340. 智利指出，辅助手段用于“确定某个……规则是否存在”，并用于“解释无疑存在的规则”。⁴⁷⁵ 此观点明确将辅助手段与国际法的确定和解释联系起来。智利认为，辅助手段不仅是发现新规则的工具，也是理解现有规则的意义工具。塞拉利昂则指出，通过更广泛地适用辅助手段，特别是适用于发展国际法的某些方面，将可有助于建立“更有活力、反应更快的法律框架”。⁴⁷⁶

341. 总结以上简短回顾可知，各国对于规则的解释与确定之间有何联系持有不同看法。广而论之，特别报告员根据委员会过去两年的全会辩论情况，认为委员会成员之间也存在类似的意见分歧。正是由于上述原因，虽然特别报告员的拟议工作方案原本并不包括审查此专题，但鉴于这个问题不明确，他认为有必要进行这项审查。特别报告员决定根据请求着手进行目前的审查，这不仅能处理一个可能具有重要意义的实质性问题，为本专题增添价值，而且能为第六委员会成员国与国际法委员会成员(从国际法委员会特别报告员开始)开展建设性对话作出宝贵的榜样。

B. 问题简述及相关规定

342. 如第二次报告第 62、63 段所述，仍有待处理的一个重要方面是以下两者之间的关系：一是《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所规定的辅助手段，一是 1969 年《维也纳公约》第三十一条所规定的解释手段(陈述一般规则)以及第三十二条所规定的补充解释手段。⁴⁷⁷ 这种关系值得认真分析，因为这两项关键规定用于指导各国、国际组织、国际性法院及法庭和其他机构的工作，而两者之间可能存在重叠和互动。委员会本身的工作(见秘书处第一、二份备忘录)表明，人们接受此类材料在其他专题(包括与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例)中发挥其他作用。

343. 造成这种混淆的主要原因之一是这两项规定的措辞，因为“辅助”和“补充”这两个词使人感觉相关“手段”所起的作用可能相似。至于相关规定本身，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项规定国际法院应适用：

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。⁴⁷⁸

344. 1969 年《维也纳公约》第三十一条明确规定了条约解释通则四个部分的顺序，然后第三十二条规定：

为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

(a) 意义仍属不明或难解；或

(b) 所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。

⁴⁷⁵ 见智利(同上)。

⁴⁷⁶ 见塞拉利昂(同上)。

⁴⁷⁷ 见 A/CN.4/769, 第 62-63 段。

⁴⁷⁸ 《国际法院规约》，第三十八条第一款(卯)项。

345. 当考虑到法院在实践中如何利用这两个工具时，其相互重叠就显而易见了。例如，当裁决者或从业人员参考以前的司法判例或学术著作来解释一项条约规定时，裁决者可能既将这些判决或著作作为辅助手段，以确定第三十八条第一款(卯)项的规则，又将其作为解释手段(也许是补充手段，也许不是)，以判定如何正确解释一项已确定的规则。

346. 毫无疑问的是，这两项规定在用途上有明显的区别。正如第一次报告所详细解释的那样，《规约》第三十八条第一款(卯)项是适用的法律规定，因此是对法院的指示，列出了用于之前第一款(子)至(寅)项所述法律确定工作的“手段”，而 1969 年《维也纳公约》第三十二条所述的是条约解释问题，构成了著名的第三编第三节关于条约遵守、适用、解释的三项规定的一部分。即使假定可以接受有“解释”习惯国际法规则这种据说可能的少见情况，上述两种职能也是明显不同的。

347. 尽管如此，区分这两种职能(即法律规则的确定和法律规则的解释)理论上容易，实践中却难得多。在这方面，可以考虑两种主要情况。第一种情况(本报告不打算讨论)是：在确定适用的规则时，可能需要解释相关材料。在此情况下，这项职能可以说是确定规则过程的一部分，而解释过程与其说是为确定规则是否存在及规则内容而必要的、合乎逻辑的先决条件，不如说是确定过程本身的一部分。诚然，如此确定一项规则可能需要解释以确定其内容，但从理论层面上看，解释过程与确定过程是可区分的。

348. 与上述情况不同，第二种情况(本章的主题)是：有条约规则需要确定，为解释规则可能使用委员会目前工作中讨论的符合辅助手段资格的材料(前两次报告指出可能出现这种情况)。因此，又产生了两种可能性：第一，根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条所载条约解释的一般规则，相关“辅助手段”可能在条约解释方面发挥作用。第二，与委员会迄今为止的讨论相一致，同样的材料在确定 1969 年《维也纳公约》第三十二条所述法律规则时也可以是有相关性的补充手段。

C. 将辅助手段用作解释工具的限制因素

1. 辅助手段的一般职能与具体职能之间的区别

349. 以前两次报告将解释划分为辅助手段的一个具体职能，有别于辅助手段的确定或识别规则的职能。报告说辅助手段可作为“解释或补充国际法规则的手段”，从而明确承认了这一解释职能。⁴⁷⁹ 这种解释职能有助于促进“国际法作为一个法律体系的一致性 or 系统性”。⁴⁸⁰ 这一解释职能的实际运作通过若干实

⁴⁷⁹ 见 A/CN.4/769, 第 124 段。

⁴⁸⁰ 同上。

例得到了证明，其中包括与国际刑事法院⁴⁸¹ 和各国国内实践有关的实例。⁴⁸² 运用此解释职能在国际人道主义法等复杂领域尤为显著。⁴⁸³

350. 前两次报告强调解释与确定是有区别的，同时也承认二者在实践中具有相互关联的性质。这一点在特别报告员提出的结论草案 6 中有所体现，其中明确将解释与识别和应用并列。⁴⁸⁴ 解释职能的作用是确保将已确定的规则有效地融入国际法的更广泛框架中，这表明辅助手段能在保持其辅助性质的同时加以灵活运用。⁴⁸⁵ 对于处理需要详细阐述才能有效适用的宽泛法律概念，这种解释职能显得特别重要。

2. 具有解释效力的判决这种特例

351. 然而有一种特殊情况与上述一般框架有些不同，那就是《国际法院规约》第六十三条。该条创造了一个独特机制，据此被解释的公约的缔约国可介入诉讼程序并受法院解释的约束。⁴⁸⁶

352. 关于这种约束的范围，有三个基本问题。第一个问题涉及其时间范围，即：此解释是仅在具体案件上对介入方有约束力(遵循第五十九条的做法)，还是产生了在今后所有案件中均须遵循此解释的更广泛义务。⁴⁸⁷ 后者给介入方造成的义务会大于第五十九条使当事方承担的义务。正如一项主要评注所指出的那样，“这也只能局限于这个案件的裁决，因为如果第三方根据裁决所承担的义务比当事方还大是不合逻辑的”。⁴⁸⁸

353. 第二个问题涉及对等性，即：约束效力是仅对介入方单方面产生，还是在介入方与当事方之间产生相互义务。Gaja 法官令人信服地指出，第六十三条提到

⁴⁸¹ 检察官诉 Germain Katanga 案，案件号 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(其中指出，当主要案文需要解释时，“分庭可……参考特设法庭和其他法院关于此事项的判例”)。

⁴⁸² 除其他外，提及美国，美国诉 Yousef 案，327 F.3d 56(美国上诉法院，第二巡回法庭，2003 年)，第 86 段(辅助手段可能“有助于阐明或澄清既定法律原则”)。

⁴⁸³ Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 65; 另见 Kanstantsin Dzehtsiarou and Niccolò Ridi, “The Use of Scholarship by the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 73 (2024), pp. 707-746(发现欧洲人权法院更倾向于利用学术成果来解释国际人道法文书和概念)。

⁴⁸⁴ 见 A/CN.4/769，第 126 段。

⁴⁸⁵ 同上，第 124 段。

⁴⁸⁶ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本)，新西兰的介入声明，2013 年 2 月 6 日命令，《2013 年国际法院案例汇编》，第 3 页，第 20 段。

⁴⁸⁷ Alina Miron and Christine Chinkin, “Article 63”, in Andreas Zimmermann (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), pp. 1741-1774, at para. 65.

⁴⁸⁸ 同上，footnote 187, citing J.H.W. Verzijl, *Jurisprudence of the World Court: A Case by Case Commentary*, vol. I: *The Permanent Court of Justice (1922-1940)* (Leiden, Sijhoff, 1965), p. 21。

的“具有同样拘束力”意味着相互义务，否则该条款会“不适当地惩罚介入方”。⁴⁸⁹ 这一解释符合介入方不应承担比当事方更大负担的原则。

354. 第三个问题涉及约束力本身的性质，因为其在几个方面不同于传统的既判力。虽然既判力主要与判决的执行部分有关，但第六十三条的约束力主要通过法院的解释性论证发挥作用。⁴⁹⁰ 此外，介入方是在不成为案件当事方的情况下实现这一约束力的。⁴⁹¹ 这就产生了一种被定义为独特的混合约束力的规则，对诉讼参与各方有约束力，但不同于完全的既判力。⁴⁹² 这些问题突出了第六十三条的独特地位。然而，更合理的观点似乎是这种约束力：(a) 在时间上仅限于特定案件；(b) 介入方与当事方相互约束；(c) 仅针对条约的解释而不是整个争端。

3. 人权法中的解释先例概念

355. 解释先例原则虽然在《欧洲人权公约》中没有明确提及，⁴⁹³ 但在欧洲人权法院的判例中发挥重要作用，特别是在其判决的国内适用方面。该《公约》第一、第十九、第三十二条以及解释先例原则均被视为该法院使其判决在国内产生效力的根据。⁴⁹⁴ 这与人权指导委员会强调各国须将斯特拉斯堡判例法纳入国内法是一致的。⁴⁹⁵

356. 该法院的判决普遍适用是因为该《公约》缔约国在法律上有义务遵守该法院对该《公约》的解释。⁴⁹⁶ 此义务源于第十九条和第三十二条，其中规定该法院有权解释该《公约》，而各国义务遵守该法院的决定。该法院的解释一旦作出即成为该《公约》本身的组成部分，对所有缔约国具有约束力。⁴⁹⁷ 这种方式确保该《公约》所规定权利一致适用，并可防止各国为逃避义务而重新解释条款，这与 Besson 关于欧洲人权法院的判决具有普遍“解释”权威的论点相呼应。⁴⁹⁸

⁴⁸⁹ 南极捕鲸(澳大利亚诉日本)案，新西兰的介入声明(见上文脚注 486)，Gaja 法官的声明，第 41-42 页。

⁴⁹⁰ Miron and Chinkin, “Article 63”, para. 63.

⁴⁹¹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本)，新西兰的介入声明(见上文脚注 486)，第 18 段。

⁴⁹² Miron and Chinkin, “Article 63”, para. 63.

⁴⁹³ 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950 年 11 月 4 日，罗马)，联合国《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页。

⁴⁹⁴ Oddný Mjöll Arnardóttir, “Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation in giving domestic effect to the judgments of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 28 (2017), pp. 819–844, pp. 839–843.

⁴⁹⁵ Council of Europe, “Steering Committee for Human Rights (CCDH) Meeting Report” 29 November 2024 (CDDH(2024)R101), paras. 36–37.

⁴⁹⁶ Arnardóttir, “Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation ...”, pp. 842–843.

⁴⁹⁷ 同上。

⁴⁹⁸ Samantha Besson, “The erga omnes effect of judgments of the European Court of Human Rights: what’s in a name?” in Besson et al. (eds.), *La Cour européenne des droits de l’homme après le Protocole 14 / The European Court of Human Rights after Protocol 14* (Schulthess, 2011), pp. 125–175, at p. 132

357. 然而，普遍适用效力主要通过辅助性原则发挥作用，该原则强调国内当局在落实该《公约》权利方面具有主导作用。⁴⁹⁹ 该法院的作用是监督，只有在国家当局不履行义务时才进行干预。解释先例、普遍适用效力、辅助性三者间的这种交互作用是通过判断余地原则来实现的。⁵⁰⁰

D. 补充手段

358. 本节论述《国际法院规约》第三十八条所界定并在以往报告中阐述的“辅助手段”对条约解释的潜在相关性。此分析反映了委员会内部的讨论情况，首先侧重于 1969 年《维也纳公约》第三十二条所规定辅助手段作为补充解释手段的潜在作用，讨论了该条款的非全面性质，还讨论了将辅助手段定性为补充手段所涉及的问题。这个例子显示了辅助手段较细微化的职能，虽仍具有辅助性，但却是具体的。

359. 本节随后将讨论范围扩大到超出围绕第三十二条的辩论，进而探讨在 1969 年《维也纳公约》第三十一条规定的条约解释通则下，辅助手段对条约解释的相关性。这其中包括探讨辅助手段如何能助力于确定通常意义、嗣后实践、当事方之间适用的国际法相关规则。最后，本节讨论了在可能适用特别法原则的专门制度下辅助手段与条约解释的相互作用，探讨了此类制度如何可能要求在解释过程中采取不同的办法使用辅助手段。

1. 1969 年《维也纳公约》第三十二条所列清单的非全面性质

360. 第三十二条的清单显然是非全面的，其案文和嗣后实践都证明了这一点。应回顾，该条款的案文规定：在评估用以解释条约义务的补充手段时应审查两种情况，即条约的准备工作 and 缔约情况。在提到准备工作和缔约情况之前采用了“包括”一词，表明这是举例说明，而不是包罗万象的列举。⁵⁰¹ 佐证上述解读的是，委员会特意选择只着重规定构成解释规则的通则，而不是试图详尽规定所有可能的解释工具。⁵⁰²

361. 特别报告员 Waldock 在委员会关于条约法的工作中所用方式进一步证实了这一理解。他认为传统的解释原则是“帮助理解意义的指南”，建议采用灵活的框架而不是封闭的制度。⁵⁰³ 嗣后实践具有这种灵活性，特别是在学术评注和解释性材料方面。各法院和法庭乐于接受此类材料，将其作为理解条约解释的补充手段。⁵⁰⁴ 这其中既包括同时期的解释性报告，也包括条约缔结后的各种指南材料，其中汇编了分析、对准备工作的提及或实践。⁵⁰⁵

⁴⁹⁹ Arnardóttir, “*Res interpretata, erga omnes effect and the role of the margin of appreciation ...*”, p. 843.

⁵⁰⁰ 同上。

⁵⁰¹ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 399.

⁵⁰² 《条约法条款草案》第二十七、二十八条草案评注第(1)段、第(4)-(5)段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 218-219 页。

⁵⁰³ 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件(关于条约法的第三次报告)，第 54 页，第(5)-(6)段。

⁵⁰⁴ R 诉内政大臣案，Read(申请人)[1989] AC 1014, 1052。

⁵⁰⁵ Sepet 诉内政大臣案[2003] UKHL 15。

362. 投资仲裁法庭特别明确地阐述了第三十二条的非全面性质。有一种观点认为，如果仅仅因为相关解释性材料不属于所列举的类别而将其排除在外，会与善意解释这一基本要求相冲突，从而阻碍补充手段在阐明条约意义方面发挥其整体作用。⁵⁰⁶

363. 世贸组织争端解决机制也为这一理解的发展作出了贡献。专家组和上诉机构在解释各种协定时，考虑了传统准备工作以外的各种材料。⁵⁰⁷ 然而，这种灵活性是在既定范围内运用的。如果采用额外的补充手段，必须仍然在第三十二条规定的作用范围内发挥作用，即：或确认按第三十一条确定的意义，或在适用第三十一条的效果不足时确定意义。⁵⁰⁸ 正如委员会在准备工作中所强调的那样，审查材料与根据材料进行确定之间仍有重大的区别。⁵⁰⁹

2. 有资格作为辅助手段的材料，亦可能有资格作为 1969 年《维也纳公约》第三十二条规定的补充手段

364. 采用司法决定和其他决定、学术著作以及其他手段来解释条约时，它们有可能以双重身份发挥作用，即：它们既是 1969 年《维也纳公约》第三十二条所规定的补充手段，又是《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所规定的辅助手段。鉴于这种双重特征，关于这两种作用之间的关系以及哪个作用可能优先，产生了重要的理论问题。

365. 可以提出一个很有说服力的论点，即：当这些材料专门用于条约解释时，其作为第三十二条所述补充手段的性质应超越其根据特别法原则作为辅助手段的一般地位。这是因为 1969 年《维也纳公约》所规定的条约解释框架是专门为确定条约意义而设计的专门制度。因此，在解释条约时，司法判例和学术著作作为《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所规定辅助手段的一般作用将让位于它们在 1969 年《维也纳公约》框架内的更具体职能。

366. 这对如何使用这些材料具有重要意义。根据第三十八条第一款(卯)项，司法判例和学术著作是确定一般法律规则的辅助手段。但是，在根据 1969 年《维也纳公约》第三十二条将其作为补充手段使用时，其作用则变窄，局限于在《公约》的解释框架内确认或确定具体条约规定的意义。因此，条约解释的专门性质决定着并可能限制着这些材料的用法。

367. 条约解释是一项独特的法律工作，目的是揭示具体案文的意义。关于渊源，条约解释只涉及《规约》第三十八条第一款的一个项。这不同于范围较广的法律确定职能(第三十八条第一款(卯)项规定司法判例和学术著作是用于法律确定的辅助手段)。1969 年《维也纳公约》对解释性职能的要素作出仔细校准，表明在涉及条约时应主要从专门角度来评估相关材料。

⁵⁰⁶ 常设仲裁法院，HICEE B.V.诉斯洛伐克共和国，常设仲裁法院案件编号 2009-11，部分裁决，2011 年 5 月 23 日，第 126-130 段。

⁵⁰⁷ 见世贸组织，上诉机构报告，美国—影响跨境提供赌博和博彩服务的措施案，WT/DS285/AB/R，2005 年 4 月 20 日通过，《2005 年争端解决报告：十二》，第 5663 页(和 Corr.1，《2006 年争端解决报告：十二》，第 5475 页)。

⁵⁰⁸ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 399–400.

⁵⁰⁹ 《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3 号文件，第 58 页，第(21)段。

368. 因此，虽然司法判例和学术著作保持作为辅助手段的一般地位，但当其与1969年《维也纳公约》所规定的条约解释专门机制交叉时，其用法可能会有所改变。

E. 对使用补充手段的限制

369. 第三十二条的结构似乎对使用补充手段加以限制，但事实证明这些限制基本上是理论上的。此外，1969年《维也纳公约》本身的起草历史并不符合这种严格的限制。正如特别报告员Waldock所强调的那样，这一条款的具体目的是使人“能够频繁且正常地参考准备工作材料，而无需过分拘泥于文本本身是否清晰的问题”。⁵¹⁰ 该条款的一个特点是有意避免界定“准备工作”，以防“可能排除相关证据”。⁵¹¹ 这表明对于使用补充手段比较倾向于包容而不是限制。这与不应人为划分解释过程的观点相吻合，特别是考虑到各种条约解释规范是相互关联的。委员会精心制定了灵活的框架，而不是设置刻板的先决条件。委员会在讨论第三十一条和第三十二条之间的关系时强调，这两条的规定构成一项单一的、紧密结合的规则，其要素是按逻辑而不是按等级排列的。⁵¹²

370. 的确，适用一般规则与诉诸补充解释手段之间的关系原则上要求通过一个门槛测试，即：适用一般规则所确定的意义是模糊、晦涩或荒谬的。然而，正如莱茵河氯化物案仲裁庭所确认的那样，⁵¹³ 第三十二条并未将这些额外的解释工具限制于特定情况，而是允许在所有情况下使用这些工具以确认意义。这既符合该条款的字面规定，也符合国际裁决者的实践。

371. 正如卡塔尔诉巴林案所示，⁵¹⁴ 通过查看准备工作资料，可能会发现最初文本分析中不明显的模糊之处，从而将确认转化为确定，⁵¹⁵ 这是Yasseen早期就预见到的情况。⁵¹⁶ 确认与确定之间的这种转化进一步佐证了不应将第三十一条和第三十二条所规定的解释过程严格分开这一论点。在这两种情况下，最终目标都是理解条约规则，往往是解决关于其范围的争议，而实现这一理解所采用的手段比严格遵守规定的顺序更为重要。

⁵¹⁰ Julian Davis Mortenson, “The *travaux* of *travaux*: is the Vienna Convention hostile to drafting history?”, *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), pp. 780–822, at p. 801, citing *Yearbook ... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 and Add.1-7 (Sixth report on the law of treaties), para. 20.

⁵¹¹ 《条约法条款草案》第二十八条草案评注第(20)段，《1966年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1，第223页。

⁵¹² Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 351.

⁵¹³ 常设仲裁法院，关于审计账目的莱茵河氯化物仲裁(荷兰/法国)，常设仲裁法院第2000-02号案件，仲裁裁决，2004年3月12日。

⁵¹⁴ 卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题，管辖权与可受理性，判决，《1995年国际法院案例汇编》，第6页。

⁵¹⁵ Gardiner, *Treaty Interpretation*, p. 369.

⁵¹⁶ 《1964年……年鉴》，第一卷，第769次会议，第313页，第56段(正如Yasseen先生在委员会讨论期间所警告的那样，“有时不得不提及准备工作……以确定案文是否真正清楚，并确定表面上的清楚是否只是假象”)；另见Mortenson, “The *travaux* of *travaux*”，第795页。

372. 法院和法庭经常将补充手段纳入其解释性分析，但并不明确指出所使用的是哪一个“门槛测试”。国际法院在 *Avena* 案中的做法表明了准备工作如何能够自然地融入解释过程，而不需要严格的分类。⁵¹⁷ 同样，在南极捕鲸案中，虽然国际法院援引了 1931 年《捕鲸管制公约》、1937 年《国际捕鲸管制协定》以及《国际捕鲸管制公约》缔结情况等历史材料，^{518 519} 但没有明确将其定性为补充手段。国际法院将历史材料纳入其一般性解释分析，但没有明确界定材料的地位，而且在参照国际捕鲸委员会决议审查嗣后实践时，明确拒绝将其定性为 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款所述嗣后协定或惯例，⁵²⁰ 表明对演化解释采取了谨慎态度。这与国际法院在最近的案件中对消除种族歧视委员会做法的处理形成鲜明对比。在这些案件中，更明确地将此类材料定位为补充或证实性因素。⁵²¹ 实践中这些不同做法突出表明，试图将每种解释性工具都严格归类为只属于第三十一条或第三十二条是困难的，而且可能是画蛇添足。

373. 现代实践提高了材料的透明度，增强了材料的可得性，进一步削弱了实践中的限制。*HICEE* 案仲裁庭明确承认，仅仅因为相关解释性材料不属于所列举的类别而将其排除在外，会与善意解释原则相冲突。⁵²² 现实情况反映了 *Waldock* 所说的“解释过程的统一性”，补充手段是理解条约意义这个过程的组成部分，而不是严格分开的次要考虑因素。⁵²³ 这种综合办法较有利于实现条约解释的根本目的，即：始终以案文为解释的当然对象，通过一切适当的可用手段确定缔约方的意图。⁵²⁴ 关于使用在其他方面符合“辅助手段”资格的材料，第三十八条和第三十二条均未明确规定要用统一的合并过程对条约作出解释，从而排除单独而灵活的办法。

1. 有资格作为补充手段的材料

374. 有时会听到一种论点，认为包括司法判例和学术著作在内的材料在被用作 1969 年《维也纳公约》第三十二条所规定的补充手段时，必须与相关条约的缔结有时间上的联系。这一论点既误解了辅助手段的性质，也误解了条约解释的结构。首先，第三十二条没有任何内容表明补充手段必须局限于缔结条约时存在的材料。虽然“缔约情况”是明确提到的一个类别，但第三十二条提到的补充手段属于举例说明，而不是详尽无遗的列举所有补充手段。正如世贸组织一个专家组

⁵¹⁷ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 361–362.

⁵¹⁸ 《捕鲸管制公约》(1931 年)，国际联盟，《条约汇编》，第 155 卷，第 349 页；《国际捕鲸管制协定》(1937 年)，同上，第 190 卷，第 79 页；《国际捕鲸管制公约》(1946 年 12 月 2 日，华盛顿)，联合国，《条约汇编》，第 161 卷，第 2124 号，第 72 页。

⁵¹⁹ 南极捕鲸案(澳大利亚诉日本；新西兰介入诉讼)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 226 页，第 43-45 段。

⁵²⁰ 同上，第 83 段。

⁵²¹ 同上。

⁵²² Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 408–409.

⁵²³ Mortenson, “The *travaux* of *travaux*”, p. 800, 援引《条约法条款草案》第二十六条草案评注第 (10) 段，《1966 年……年鉴》，第二卷，A/6309/Rev.1 号文件，第 220 页。

⁵²⁴ Gardiner, *Treaty Interpretation*, pp. 347–348.

所指出的那样，“理论上，对于[根据第三十二条]什么可以构成‘缔约情况’并没有时间限制，相关性是更适当的标准”。⁵²⁵

375. 第二，这种时间限制会不符合对第三十一条框架的案文解读。第三十一条规定的解释程序明确包含嗣后实践和协定。既然第三十一条明确考虑到条约解释的演化，关于第三十二条所规定的补充手段必须在时间上固定的提法是不合逻辑的。

376. 第三，司法判例在特定情况下可能符合作为缔约情况的资格，但这并不是自动的或绝对的。正如世贸组织一个专家组所承认的那样，明显影响条约起草的判决可能构成缔约情况。⁵²⁶ 然而，这并非所有此类手段的固有特征，也非将其视为补充手段的前提。

377. 因此，当辅助手段作为补充手段发挥职能时，其与缔约的时间关系可能影响其效力比重，但不影响其可接受性。一些司法判例或学术著作如果明显影响了相关条约的起草，则确实可能有资格作为缔约情况资料。然而，这仅仅是辅助手段可能用于条约解释的一种方式，而不是从时间上限制其发挥补充手段这个更广泛的职能。

2. 通则

378. 根据条约解释通则，有资格作为确定法律规则的辅助手段的材料至少在三个方面具有相关性。第一，正如委员会在其最近的工作中所确认的那样，因为该材料可能相当于相关条约框架下的嗣后协定或嗣后实践，或者因为该材料可能与识别此类协定或实践有间接的相关性。⁵²⁷ 第二，因为该材料可用以确定相关规则，从而识别根据 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(c)项在当事方之间适用的国际法规则。在余留案件中，该资料可能作为嗣后协定的证据，例如根据特定管辖权协议或同意裁决作出判决或裁决的情况。然而这些都是非常具体的情况，其中所采用的相关手段无疑就是实际上的补充协议，而不是基于或导致补充协议的裁决。

379. 就第二种情况而言，所有“辅助手段”均可发挥作用。由于使用这些手段的目的只是为了识别用于解释过程的相关规则，因此禁止依赖学说等资料是不必要的，也是无助益的。结论草案 2 所界定的其他“一般用于协助确定国际法规则的手段”也可能相关。然而，限制规定可能会对在第一种情况下使用辅助手段构成约束。首先，学说本身可能并不等于“嗣后实践”，然而很难否认裁决者或条约机构的决定在适当情况下可能属于“嗣后实践”。这当然并不是说其他非国家

⁵²⁵ 世贸组织，专家组报告，欧洲共同体—冷冻去骨鸡块的海关分类案(欧共体—鸡块案)，巴西和泰国的申诉，2005 年 9 月 27 日通过，分别见 WT/DS269/R 和 WT/DS286/R，第 7.344 段。

⁵²⁶ 同上(分别)，第 7.391 段。

⁵²⁷ 在这方面，见《关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论》的结论 4 及其评注，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二编)，第 52 段，第 38-39 页(其中认为嗣后实践“在广义上(根据第三十二条)涵盖一个或多个(但不是所有)缔约方对条约的任何适用。适用形式可以有多种。这种‘一个或多个当事方在适用条约方面的行为’尤其可以包括直接适用有关条约、可归于缔约国适用条约的行为、关于条约解释或适用的声明或司法宣告”)。

行为体在评估上述嗣后协定或嗣后实践方面不能发挥间接作用，甚或在促使上述实践作为其声明的直接结果和反应而展开方面不能发挥间接作用。⁵²⁸

380. 尽管如此，有人认为裁决者的决定可能构成嗣后实践。值得注意的是，在世贸组织背景下，世贸组织上诉机构在日本酒精饮料案第二号中驳回了将两者等同起来的观点，并就什么是嗣后实践选择了相当严格的标准。⁵²⁹ 该机构不同意专家组的下述结论，即：专家组所通过的报告构成 1969 年《维也纳公约》第三十一条第三款(b)项所定义的嗣后实践。虽然专家组认为通过报告这一行为反映了世贸组织成员的协议，但上诉机构强调通过报告仅对特定争端的当事方具有约束力，不能视为就报告所载的法律论证达成协议。⁵³⁰

381. 然而，上诉机构承认通过的专家组报告“是[《关税及贸易总协定》]法律体系的重要组成部分。之后的专家组经常会参考这些报告。这些报告让世贸组织成员产生了合理预期，因此在与任何争端相关时应予以考虑”。⁵³¹ 之后的上诉机构报告证实了这一观点。⁵³² 值得注意的是，在美国—不锈钢案(墨西哥)中，上诉机构报告以最强烈的态度主张上诉机构以前的报告具有某种先例作用，其中进一步限定了上述声明，称：

在颁布或修改与国际贸易事项有关的法律和国家法规时，世贸组织成员考虑已通过的专家组报告和上诉机构报告中对适用协定的法律解释。因此，所通过的专家组报告和上诉机构报告所体现的法律解释成为世贸组织争端解决机制的组成部分。⁵³³

382. 换言之，上诉机构明确承认通过的报告本身并不成为法律体系的一部分。但是，通过的报告所载的“法律解释”则成为“法律体系的组成部分”，但仅限于报告在更广泛的成员范围内被采纳或回应的情况。

3. 特别法

383. 本报告的讨论重点是辅助手段在一般国际法中的确定职能与解释职能之间的关系问题，但值得注意的是在某些特定制度中此事项可能被视为受法律的规

⁵²⁸ A/CN.4/759, 意见 45, 第 186 和 187 段。

⁵²⁹ 见世贸组织，上诉机构报告，日本—酒精饮料税案(日本—酒精饮料案第二号)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R、WT/DS11/AB/R, 1996 年 11 月 1 日通过，《1996 年争端解决报告：一》。

⁵³⁰ 上诉机构还指出，根据《关税及贸易总协定》(日内瓦，1947 年 10 月 30 日，联合国，《条约汇编》，第 55 卷，第 814 号，第 187 页)通过的专家组报告与解释之间存在区别，因为根据第二十三条通过报告的决定不同于根据第二十五条采取的联合行动。从历史上看，通过小组报告并不意味着就其理由达成一致，而且根据 1994 年《关税及贸易总协定》和世贸组织的规定，这一谅解继续有效。同上，第 13-14 页。

⁵³¹ 同上，第 14 页。

⁵³² 世贸组织，上诉机构报告，美国—禁止进口某些虾和虾产品—马来西亚诉诸[《关于争端解决规则与程序的谅解》]第 21.5 条案，WT/DS58/AB/RW, 2001 年 11 月 21 日通过，《2001 年解决争端报告：十三》，第 6481 页，第 107-109 段；世贸组织，上诉机构报告，美国—对墨西哥不锈钢的最终反倾销措施案(美国—不锈钢案(墨西哥))，WT/DS344/AB/R, 2008 年 5 月 20 日通过，《2008 年争端解决报告：二》，第 513 页，第 158-162 段和脚注 309。

⁵³³ 美国—不锈钢案(墨西哥)(见前一个脚注)，第 160 段。

范。⁵³⁴ 某些国际裁判机构的基本文书就具体“辅助手段”的解释价值提供了指导。

384. 《国际刑事法院罗马规约》提供了规范这种关系的特别法的明确范例。该《规约》第二十一条第二款授权法院“适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则”。⁵³⁵ 此条款规定适用的规则和原则并非规则和原则本身，而是法院以前的决定对规则和原则的解释，可被视为一种“中间办法”，与《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项有很大不同。⁵³⁶ 然而，第二十一条第二款的评注者也指出，“尽管第二十一条第二款的用语不同，但并没有太大差别，因为在这两项规定中判例法都是‘确定法律规则的辅助手段’”。⁵³⁷

385. 使此关系变得复杂的是，国际刑事法院可能发现需要解释创始案文所载或被视为条约法的规则，或需要根据其中所反映的习惯法确定规则的内容。该法院在加丹加案中显然采用了这种专门办法，指出“在基本案文没有具体解决某一问题的情况下，分庭必须提及条约法或习惯人道主义法以及一般法律原则。为此，分庭可能需要参考特设法庭和其他法院关于该事项的判例”。⁵³⁸ 这些专门制度可与一般国际法的观点形成对比，因为一般国际法的观点是确定职能与解释职能之间的区别仍不那么明确。《罗马规约》对这一关系的明确规定表明，具体的法律制度能够就辅助手段应如何在确定和解释两方面发挥作用提供更明确的指导。

F. 法院和法庭在补充手段方面的实践

386. 本章这一节探讨辅助手段在实践中如何与条约解释相互作用，重点是国际性法院和法庭明确提到辅助手段的情况。这个回顾的意图并非面面俱到。鉴于本研究聚焦于《国际法院规约》第三十八条，且国际法院作为唯一具有一般国际法管辖权的法院，其独特作用在委员会结论草案 4 及其评注中得到了强调，因此分析将从国际法院的判例开始。然后，这一审查将为与其他机构(如世贸组织争端解决机制和投资法庭)的做法进行比较提供依据。

⁵³⁴ 见起草委员会主席菲比·奥科瓦女士关于确定国际法规则的辅助手段的声明，2024 年 7 月 1 日，可查阅委员会网站：https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml。

⁵³⁵ 《国际刑事法院罗马规约》(罗马，1998 年 7 月 17 日)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页，第二十一条第二款(原文无着重标示)。

⁵³⁶ Niccolo Ridi, “Rule of precedent and rules on precedent”, Eric De Brabandere, ed., *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), pp. 354–400.

⁵³⁷ Jean-Pierre Pellet, “Article 21”, in Cassese *et al.* (eds.), *Cassese’s International Criminal Law*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2013); Antonio Cassese, Paola Gaeta and John RWD Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2002) (Pellet 通过引用国际法院在喀麦隆和尼日利亚之间陆地和海洋边界案中的做法强调了这一点，法院在该案中指出，“真正的问题是，在本案中是否有理由不遵循以前案件的论证和结论”。他认为这是第二十一条第二款请国际刑事法院提出的同一个问题，并指出两个法院在将先前决定作为辅助手段方面所利用的职能相似。)

⁵³⁸ 加丹加案(见上文脚注 445)，第 47 段。

1. 常设国际法院和国际法院明确提及补充手段的判例

387. 国际法院有几次在处理具体条约条款时可被视为曾将辅助手段作为“补充手段”。在条约解释中使用先前决定的做法由来已久，早在 1969 年《维也纳公约》之前就已存在。常设国际法院在马夫罗马蒂斯耶路撒冷特许权重新调整案中的处理方法印证了这一点。⁵³⁹ 然而，该案涉及相同的当事方和同一个争端，使得法院依赖先前判决中的法律论证具有特定背景。该案并未在条约解释上确立广泛的先例原则。

388. 此处需作一个重要的注解：法院在使用补充手段时一般没有将其分析过程说得太清楚，但法院一般都确认其使用补充手段仅是为了“确认”一项解释，而该解释本来就是适用一般规则的结果。⁵⁴⁰

389. 法院在豁免和刑事诉讼案(赤道几内亚诉法国)中遇到如何适当定义不可侵犯的“使团馆舍”一词的问题，表示其将利用 1969 年《维也纳公约》第三十一和第三十二条所述的条约解释习惯规则来解释《维也纳外交关系公约》：⁵⁴¹

根据习惯国际法的这些规则，《维也纳外交关系公约》的条款须根据其用语在其上下文中的通常意义并参照《公约》的目的和宗旨，善意地加以解释。为了确认这一过程产生的意义，消除模棱两可或含糊不清之处，或避免明显荒谬或不合理的结果，可诉诸辅助解释手段，其中包括《公约》的准备工作及缔约情况。⁵⁴²

390. 法院在赤道几内亚诉法国案中并没有触及第三十二条中的补充手段问题，因为可以根据第三十一条所载的一般规则解决双方之间在解释上遇到的困难。法院在结束分析时提到当事方在如何理解《维也纳外交关系公约》的目的和宗旨方面存在分歧。尽管如此，在最近的《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)中，⁵⁴³ 法院确实将补充手段用在了这种确认过程。在解释《消除一切形式种族歧视国际公约》中的“民族”一词时，法院严格遵循了条约解释的分等级方法，优先考虑主要方法，然后再考虑补充手段。⁵⁴⁴

391. 法院在用这些主要方法(文本、上下文、目的和宗旨)达成明确和有充分依据的解释后，明确宣布没有必要诉诸补充解释手段。⁵⁴⁵ 然而，法院承认当事方

⁵³⁹ 常设国际法院，马夫罗马蒂斯耶路撒冷特许权重新调整案，判决，1927 年 10 月 10 日，A 辑，第 11 号。

⁵⁴⁰ 海事争端案(秘鲁诉智利)，判决，《2014 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 30 页，第 66 段；卡塔尔诉巴林案(见上文脚注 514)，第 40 段；领土争端案(阿拉伯利比亚民众国诉乍得)，判决，《1994 年国际法院案例汇编》，第 6 页起，第 27 页，第 55 段。

⁵⁴¹ 《维也纳外交关系公约》(维也纳，1961 年 4 月 18 日)，联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。

⁵⁴² 豁免和刑事诉讼案(赤道几内亚诉法国)，判决，《2020 年国际法院案例汇编》，第 300 页起，见第 319 页，第 61 段(原文无着重标示)。虽然同一判决的法文本提到“*moyens complémentaires*”，但应指出，此处引用的判决的英文本采用“*subsidiary means*”(辅助手段)，而非“*supplementary means*”(补充手段)。见 A/CN.4/765，第 36 段。

⁵⁴³ 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)(见上文脚注 400)。

⁵⁴⁴ 同上，第 81-83 段。

⁵⁴⁵ 同上，第 89 段。

广泛依赖了准备工作文件，并承认法院自己的做法是“在其认为适当时参照准备工作文件确认其对有关案文的解释”，然后转而谈到准备工作，⁵⁴⁶ 认为准备工作确认了根据一般规则作出的解释。⁵⁴⁷

392. 之后，法院讨论了消除种族歧视委员会的做法。⁵⁴⁸ 至关重要，法院没有明确将这种做法归类为补充解释手段。然而，法院将补充手段放在明确声明认为其没有必要之后，且放在对工作进行分析之后，这强烈表明其认为委员会的实践是补充性和确认性的，而不是用作主要解释工具。⁵⁴⁹ 一位持不同意见的法官对此做法提出了一些批评，他援引法院自己在迪亚洛和沃尔案中的判例，⁵⁵⁰ 认为法院本应“高度重视”委员会关于歧视非公民问题的第 30 号一般性建议。⁵⁵¹ 他特别指出，第 30 号一般性建议提供了“最有资格的法学家对[《消除一切形式种族歧视国际公约》]的一贯解释”。⁵⁵²

393. 最后，法院简要论述了区域人权法院的判例，⁵⁵³ 但最终认为其说服力不如法院基于条约解释习惯规则得出的分析结果。法院分析的结构、深度、顺序无疑表明，消除种族歧视委员会的做法虽未被明确冠以这个名称，但其职能是作为补充和确认因素，用以佐证通过主要条约解释方法已牢固确立的结论。有趣的一点是，特别报告员在其第一次报告中阐述了国家性法院使用辅助手段的国家实践，发现经常被用作确认要素的不仅有其他法院和法庭的司法决定，还有学说。⁵⁵⁴

394. 言归国际法院，其在最近的《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)中，⁵⁵⁵ 遇到了与该《公约》第二十二条所规定管辖权的时间范围相关的问题。法院并未主要依赖申诉人所提到的消除种族歧视委员会的意见，而是将此问题主要定性为条约法的适用问题，具体而言是不溯既往原则及其对管辖权同意的影响问题。法院论证的核心是 1969 年《维也纳公约》规定不溯既往原则的第二十八条。⁵⁵⁶ 法院将这一原则与《消除一切形式种族歧视国际

⁵⁴⁶ 同上。

⁵⁴⁷ 同上，第 90-97 段。

⁵⁴⁸ 同上，第 98-101 段。

⁵⁴⁹ 同上。

⁵⁵⁰ 消除种族歧视委员会关于对非公民的歧视的第 30 号一般性建议(2004 年)(HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II)，第 301 页)。

⁵⁵¹ 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(卡塔尔诉阿拉伯联合酋长国)(见上文脚注 400)，Bhandari 法官的反对意见，第 133-145 页，第 21-31 段(Bhandari 法官的反对意见认为，委员会的做法不仅是补充，而且鉴于委员会拥有专门知识，又担负“《公约》维护人”的职责，该做法本身也是值得认真考虑的有说服力的权威意见(同上，第 21 段)。因此，他认为多数意见法官不应在已用其他手段得出结论后将委员会的解释降格为起补充作用，从而减少了其对国际法院分析的潜在影响)。

⁵⁵² 同上，Bhandari 法官的反对意见，第 22 段。

⁵⁵³ 同上，判决，第 102-104 段。

⁵⁵⁴ A/CN.4/760，第 262 段。

⁵⁵⁵ 《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)(见上文脚注 372)。

⁵⁵⁶ 同上，第 43 段。

公约》第二十二条款联系起来，确定其管辖权不能溯及阿塞拜疆加入该《公约》之前的行为。⁵⁵⁷

395. 阿塞拜疆试图反驳这一论证，为此援引了消除种族歧视委员会关于国家间来文的一项决定，⁵⁵⁸ 其中宣布《消除一切形式种族歧视国际公约》第十一至十三条规定了国家间来文程序，但并未明确将其适用范围局限于在发起缔约国批准《公约》后发生的违约行为。简言之，阿塞拜疆认为委员会的解释表明，根据《公约》提出的申诉对更长时间范围的行为有效，可能包括其加入《公约》前的行为。然而，法院巧妙地将委员会的合规监测职能与其自身的司法作用区分开来。⁵⁵⁹ 法院强调其管辖权与委员会的任务不同，需要双方同意并存在相互义务，而这个条件在阿塞拜疆加入《公约》之前并不具备。法院因此否定了委员会决定的相关性，重申法院将一般法律原则作为其确定管辖权的主要依据。⁵⁶⁰

396. 法院以这些条约法和国家责任的一般原则来界定这一问题，有效地减少了讨论消除种族歧视委员会做法的必要性。法院虽然承认委员会关于国家间来文的决定，⁵⁶¹ 但将这一背景与该法院的司法职能区分开来，最终认定委员会的意见与对《消除一切形式种族歧视国际公约》第二十二条款的解释无关。

⁵⁵⁷ 同上，第 51 段(值得注意的是，特拉迪法官针对基于《消除一切形式种族歧视国际公约》所载义务的普遍适用性质提出的潜在反驳进行了回应。他承认存在此类义务，但认为法院适用的不溯既往原则和对等原则并不削弱此类义务的效力。他区分了《公约》规定的义务所针对的两类行为者：第一类是其他缔约国，第二类是受第二条保护的个体/群体。法院施加的时间限制仅适用于第一类(缔约国)，即限制缔约国何时可根据其加入日期援引法院的管辖权。然而，义务的普遍适用性质对第二类(个体/团体)仍有效，这意味着任何缔约国均可就亚美尼亚侵害受保护人员的行为援引其责任，无论侵权行为何时发生，也无论援引国何时加入《公约》。特拉迪法官通过一个假设情景说明了这一点。他指出，如果亚美尼亚对某一受保护群体实施种族歧视，则《公约》的任何缔约国均可提出申诉，即使该缔约国在歧视行为发生时不是缔约国。这是因为防止种族歧视的义务是相对于所有缔约国的集体性义务，确保遵守义务涉及到任何缔约国的利益。因此，法院对管辖权的时间限制并不妨碍缔约国维护关于反对种族歧视的集体保证(同上，特拉迪法官的反对意见，第 21-25 段))。

⁵⁵⁸ 同上，判决，第 53 段。

⁵⁵⁹ 同上，第 54 段。

⁵⁶⁰ Charlesworth 法官在《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)中的个别意见使人们了解了法院对属时管辖的处理办法。她分析了国际性法庭接受对加入前违约行为管辖权的两个案例，一个是欧洲人权委员会，奥地利诉意大利案(第 788/60 号申诉)，1961 年 1 月 11 日关于可否受理的决定；另一个是消除种族歧视委员会，2019 年 12 月 12 日就巴勒斯坦国针对以色列提交的国家间来文通过的决定(见上文脚注 373)。但是，她对这些情况作了区分，指出申诉国采取行动是为了执行“集体保证”，而不是作为个别受害国采取行动。与此不同的是，阿塞拜疆明确要求赔偿其作为个别受害国遭受的伤害。这一区别解释了法院在限制其属时管辖权时为何侧重于同意、对等和国家责任，而拒绝接受基于集体保障或条约机构实践的论点。见《消除一切形式种族歧视国际公约》的适用案(阿塞拜疆诉亚美尼亚)(见上文脚注 372)，Charlesworth 法官的个别意见，第 20-24 段。同样，特拉迪法官的反对意见剖析了法院关于条约机构声明具有相关性的论证，特别是其与消除种族歧视委员会相关的内容。他认为，这些声明虽然可以提供参考，但并不能取代法院自身确定适用法律规则和原则的职责，尤其是在这些原则(如不溯既往原则和国家责任原则)已足够明确的情况下。这与 1969 年《维也纳公约》第三十二条规定的补充作用是一致的，即当文本的通常意义明确时，无需采用补充手段。见：同上，Tladi 法官的反对意见，第 19 段；另见：同上，判决，第 53-54 段。

⁵⁶¹ 同上，第 53-54 段。

2. 世贸组织判例显示解释效力与先例效力之间有重叠

(一) 以往世贸组织报告作为补充手段

397. 在世贸组织内，1969年《维也纳公约》第三十二条所概述的解释的“补充手段”是当术语的意义在适用第三十一条后仍属不明或难解，或所获结果显属荒谬或不合理时，才得使用的。⁵⁶² 上诉机构澄清说，第三十二条未详尽列出所有补充手段，这给了解释者一定的灵活度。⁵⁶³ 如上文所述，第三十二条虽明确提到准备工作和缔约情况，但也可以考虑其他渊源。⁵⁶⁴

398. 世界贸易组织争端解决机构对何为补充手段作了广义的解读。例如，在此解读方式下，“缔约情况”包含历史背景。⁵⁶⁵ 其中可包括先前的关税分类做法（即使是单方面的做法），但不一致的做法不具相关性。⁵⁶⁶ 双边协议也可作为补充手段（例如欧共体一家禽案）。⁵⁶⁷ 在欧共体一鸡块案中，还澄清了不要求情况与案文之间有直接联系。⁵⁶⁸ 相关性是关键，应予以客观评估。⁵⁶⁹ 应考虑长期情况，而不仅是考虑缔约日期。⁵⁷⁰ 在某种情况下官方公布就足够了，⁵⁷¹ 甚至可以考虑国内法院的判决。⁵⁷²

399. 上诉机构使用补充手段解释了相关协定的条款和世贸组织成员减让表中的条目。在加拿大一奶制品案中，由于减让表标记中的语言含糊不清，有必要诉诸补充手段。⁵⁷³ 同样，在美国一赌博案中，用补充手段澄清了美国减让表一个条目的范围。⁵⁷⁴ 在中国一知识产权案中，用准备工作资料澄清了《与贸易有关的

⁵⁶² 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—某些计算机设备的海关分类案(欧共体—计算机设备案)，WT/DS62/AB/R、WT/DS67/AB/R、WT/DS68/AB/R，1998年6月22日通过，《1998年争端解决报告：五》，第1851页，第86段。

⁵⁶³ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—冷冻去骨鸡块海关分类案(欧共体—鸡块案)，WT/DS269/AB/R、WT/DS286/AB/R，2005年9月27日通过，和Corr.1，《2005年争端解决报告：十九》，第9157页，第283段。

⁵⁶⁴ 同上；另见世贸组织，专家组报告，欧洲共同体及其成员国—某些信息技术产品的关税待遇案(欧共体—信息技术产品案)，WT/DS375/R / WT/DS376/R / WT/DS377/R，2010年9月21日通过，《2010年争端解决报告：三》，第933页，第7.694段。

⁵⁶⁵ 欧共体—计算机设备案(见上文脚注562)，第86段。

⁵⁶⁶ 同上，第92-93段、第95段。

⁵⁶⁷ 世贸组织，上诉机构报告，欧洲共同体—影响某些家禽产品进口的措施案(欧共体一家禽案)，WT/DS69/AB/R，1998年7月23日通过，《1998年争端解决报告：五》，第2031页，第83段。

⁵⁶⁸ 世贸组织，上诉机构报告，欧共体—鸡块案(见上文脚注563)，第289段。

⁵⁶⁹ 同上，第290-291段。

⁵⁷⁰ 同上，第293段。

⁵⁷¹ 同上，第297段。

⁵⁷² 同上，第309段。

⁵⁷³ 世贸组织，上诉机构报告，加拿大—影响牛奶进口和奶制品出口的措施案(加拿大—奶制品案)，WT/DS103/AB/R、WT/DS113/AB/R和Corr.1，1999年10月27日通过，《1999年争端解决报告：五》，第2057页，第138段。

⁵⁷⁴ 世贸组织，上诉机构报告，美国—影响跨境提供赌博和博彩服务的措施案(美国—赌博案)，WT/DS285/AB/R，2005年4月20日通过，《2005年争端解决报告：十二》，第5663页(和Corr.1，《2006年争端解决报告：十二》，第5475页)，第197段。

知识产权协定》第 46 条中的含糊之处。⁵⁷⁵ ⁵⁷⁶ 给予补充手段的权重可根据第三十一条所提供的明确程度而有所不同。⁵⁷⁷ 即使有明确的案文，仍可考虑谈判历史，如在印度一与出口有关的措施案中，谈判历史证实了专家组的解释。⁵⁷⁸

400. 上诉机构澄清说，准备工作可以支持和确认文本解释。在加拿大一期判案中，上诉机构利用该条款确认了《1994 年关税及贸易总协定》第三条第 8 款(b)项的目的和宗旨。⁵⁷⁹ ⁵⁸⁰ 然而，上诉机构警告说，即使为了此类目的也不要依赖没有适当记录的谈判历史，例如印度一数量限制案。⁵⁸¹ 有选择地依赖准备工作是不够的。

(二) 在解释中使用以前报告的理由

401. 世贸组织以前的案例或决定是否构成第三十二条所述“补充手段”是个复杂的问题。专家组和上诉机构经常参考并经常引用先前的裁定，但这种做法不同于根据 1969 年《维也纳公约》第三十二条将案例或裁决用作条约解释的补充手段。引用这些裁决主要是为了表明使用公认解释规则得出的解释具有一致性，或是为了澄清既定的世贸组织法律原则。在这方面，正如特别报告员第二次报告和秘书处备忘录中援引的国际法院的实践所表明的那样，“安全和可预测”的概念至关重要。此概念突出表明了这样一种理解，即：世贸组织的规则并不仅仅是抽象的原则，而是旨在为国际贸易提供稳定和可预见框架的操作工具。⁵⁸² 该原则贯穿于世贸组织法律和争端解决的各个方面，是《马拉喀什建立世界贸易组织协定》和《1994 年关税及贸易总协定》的重要目标。⁵⁸³

402. 争端解决制度(特别是《关于解决争端的规则与程序的谅解》)在维护这种安全性和可预测性方面发挥着至关重要的作用。⁵⁸⁴ 该《谅解》通过提供解决争端的机制和澄清世贸组织法律，维护了多边贸易体制的稳定，保护了市场参与者

⁵⁷⁵ 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(马拉喀什，1994年4月15日)，联合国，《条约汇编》，第 1867-1869 卷，第 31874 号：《与贸易有关的知识产权协定》，附件 1C)，联合国，《条约汇编》，第 1869 卷，第 332 页。

⁵⁷⁶ 世贸组织，专家组报告，中国一影响知识产权保护和执行的措施案(中国一知识产权案)，WT/DS362/R，2009 年 3 月 20 日通过，《2009 年争端解决报告：五》，第 2097 页，第 7.260 段。

⁵⁷⁷ 世贸组织，上诉机构报告，中国一影响某些出版物和视听娱乐产品贸易权和分销服务的措施案(中国一出版物和视听产品案)，WT/DS363/AB/R，2010 年 1 月 19 日通过，《2010 年争端解决报告：一》，第 3 页，第 403 段。

⁵⁷⁸ 世贸组织，专家组报告，印度一出口相关措施案，WT/DS541/R 和 Add.1，2019 年 10 月 31 日，报告了双方商定的解决方案，附件 A-2，第 2.23 段。

⁵⁷⁹ 《1994 年关税及贸易总协定》(《马拉喀什建立世界贸易组织协定》附件 1)，联合国，《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 190 页。

⁵⁸⁰ 世贸组织，上诉机构报告，加拿大一期判的某些措施案(加拿大一期判案)，1997 年 7 月 30 日通过，经上诉机构报告 WT/DS31/AB/R 修改，《1997 年争端解决报告：一》，第 33-34 页。

⁵⁸¹ 世贸组织，上诉机构报告，印度一对农业、纺织品和工业产品进口的数量限制案(印度一数量限制案)，1999 年 9 月 22 日通过，《1999 年争端解决报告：四》，第 1763 页，第 94 段。

⁵⁸² 见日本一酒精饮料案第二号(见上文脚注 529)，第 31 页。

⁵⁸³ 欧共体一计算机设备案(见上文脚注 562)，第 82 段。

⁵⁸⁴ 世贸组织，专家组报告，美国一1974 年贸易法第 301-310 条款案(美国一贸易法第 301 条款案)，WT/DS152/R，2000 年 1 月 27 日通过，《2000 年争端解决报告：二》，第 815 页，第 7.75 段。

的利益。由于各国能够不仅对具体行为而且对一般规则和规范提出质疑，进一步加强了这一目标，可防止今后发生争端并促进遵守规则。⁵⁸⁵

403. 始终如一地适用世贸组织法律是实现安全和可预测的关键因素。上诉机构在美国—不锈钢案(墨西哥)中强调，裁决机构在之后案件中解决相同法律问题时应采取一致的做法，除非有令人信服的理由不这样做。⁵⁸⁶ 此原则可维护世贸组织成员的正当期望，从而促进所作决定的一致性，避免出现无理可循的结果。当然，正如委员会在结论草案 7 中关于国际法中不存在具有法律约束力的先例的结论所确认的那样，专家组在法律上不受先解释的约束，但其在处理类似法律问题时可以酌情考虑和参考先前通过的报告的论证，而且其往往认为这样做是适当的。⁵⁸⁷

404. 或许更重要的是，不仅是对协定条款的解释，而且对特定法律技术的使用(例如假设性论证)，都必须考虑到对安全性和可预测性的潜在影响。这种假设性论证可以提高效率，但也可能造成不确定性，并有损于明确的法律声明。⁵⁸⁸

3. 投资条约仲裁

405. 在讨论辅助手段和补充手段之间的关系方面，一个更具挑战性的领域是投资条约仲裁。造成这种复杂性的原因有两个：首先，虽然投资法庭不受任何具有约束力的先例规则的约束，但其裁决和决定中充满了对以前裁决和决定的引用，在较小程度上也有对学术论文的引用；第二，投资法庭从实务角度裁决双边投资条约下产生的争端，这些条约往往很简单，但彼此高度相似。从程序角度看，这些条约往往受具体框架的制约，如《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》。⁵⁸⁹ 在上述两种情况下，对于那些要么一开始就不太清楚、要么已经反复适用过的条约，辅助手段在处理其所管辖的事项方面可能非常有用。

406. 许多需要解释的条约条款具有相当的开放性，其或者可能援引习惯国际法(例如援引某些有宽泛表述的标准，如多项投资条约中的‘公平与公正待遇’标准)，或者有意不给出相关定义(如对于“投资”这个概念)。因此，各仲裁庭和仲裁员个人一直特意指出其不受先前决定的约束，以免这些决定有可能取代当事方对有关协议的同意。事实上，一些仲裁员一直特意澄清其观点不受其以往多少次听到过某个论点这一因素的影响。⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ 上诉机构报告，美国—对日本耐腐蚀碳钢平板产品反倾销税的日落复审案(美国—耐腐蚀钢日落复审案)，WT/DS244/AB/R, 2004 年 1 月 9 日通过，《2004 年争端解决报告：一》，第 3 页，第 82 段。

⁵⁸⁶ 美国—不锈钢案(墨西哥)(见上文脚注 532)，第 160 段。

⁵⁸⁷ 世贸组织，专家组报告，美国—对土耳其某些管材产品的反补贴措施案(美国—管材产品案(土耳其))，WT/DS523/R 和 Add.1, 2018 年 12 月 18 日分发给世贸组织成员，2019 年 1 月 25 日上诉，第 7.285 段。

⁵⁸⁸ 中国—出版物和视听产品案(见上文脚注 577)，第 213-215 段(在该案中，上诉机构告诫不要使用假设性论证，因为这有可能削弱成员的执行义务或使世贸组织法律模糊不明)。

⁵⁸⁹ 《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(1965 年 3 月 18 日，华盛顿特区)，联合国，《条约汇编》，第 575 卷，第 8359 号，第 159 页。

⁵⁹⁰ Tidewater Investment SRL 和 Tidewater 诉委内瑞拉案，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/10/5，关于申请人提议取消 Brigitte Stern 教授仲裁员资格的决定，2010 年 12 月 23 日，第 25-26 段。

407. 仲裁庭在 *Burlington* 诉厄瓜多尔案中对此立场作了有益的说明。然而，持多数意见的仲裁员们认为，在始终符合特定条约的具体规定和实际案情的前提下，如没有令人信服的相反理由，他们有义务采取在一系列相互一致的类似情况中确立的解决办法。Stern 仲裁员不以此相同的方式分析仲裁员的作用，因为她认为自己有责任完全根据向她提出的每个案件的是非曲直作出裁决，而不考虑司法判例上任何似乎存在的趋势。⁵⁹¹

408. 关于以往裁决中的论证在解释方面的价值，本分节首先讨论将先前决定用作 1969 年《维也纳公约》第三十二条所述的“补充解释手段”这个争议较小的问题。然后将探讨先前决定根据该《公约》第三十一条所规定解释通则可能相关的其余情形。为避免受到不必要的批评，应指出特别报告员在此故意颠倒了根据《公约》所定解释规则进行分析的顺序，其唯一目的是首先探讨补充手段问题，因为这是本章和本专题讨论的核心问题，然后再讨论条约解释通则问题。

(一) 仲裁裁决中的补充手段

409. 先前的决定及其所载理由可能被用作“补充解释手段”。此问题引起了一些争议，特别是因为在实践中“辅助”和“补充”这两个形容词造成了术语上的混淆。加拿大牧牛人案凸显了这一问题，⁵⁹² 同时期在国家间仲裁中也有类似的讨论。⁵⁹³

410. 一些仲裁庭认为《公约》第三十二条虽列出了解释的“补充手段”，但并非详尽无遗，因此可将司法判例包括在内，特别是考虑到《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项已将司法判例确认为“辅助手段”。这一论证思路提出，如果司法判例具有辅助性，那么其在《公约》第三十二条的更广范围内也可具有补充性。⁵⁹⁴

411. 然而，这种解释混淆了两个不同的概念。第三十二条涉及条约解释，而第三十八条第一款(卯)项解决的是针对某项适用的法律条款使用辅助手段说明国际法渊源的问题。正如 Reisman 教授在一份专家意见中指出的那样，⁵⁹⁵ 这一概念上的飞跃把可能不属于 1969 年《维也纳公约》的东西加到了该《公约》上。他

⁵⁹¹ 国际投资争端解决中心，*Burlington Resources Inc.诉厄瓜多尔案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/08/5，关于重新审议和裁决的决定，2017 年 2 月 7 日，第 46 段。

⁵⁹² 联合国国际贸易法委员会，*加拿大牧牛人要求公平贸易组织诉美利坚合众国案*，管辖权裁决，2008 年 1 月 28 日，第 50 段。

⁵⁹³ 伦敦国际仲裁院，*安大略和魁北克方案仲裁案*，美国诉加拿大，伦敦国际仲裁院第 81010 号案件，关于伦敦国际仲裁院第 7941 号案件中若干国际法律问题的意见，2009 年 5 月 1 日。

⁵⁹⁴ 加拿大牧牛人要求公平贸易组织诉美利坚合众国案(见上文脚注 592)，第 50 段；雪佛龙公司(美国)和德士古石油公司(美国)诉厄瓜多尔共和国案，常设仲裁法院第 2007-02/AA277 号案件，临时裁决，2008 年 12 月 1 日，第 121 段；国际投资争端解决中心，*Caratube 国际石油有限责任公司诉哈萨克斯坦共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/08/12，关于申诉人申请临时措施的决定，2009 年 7 月 31 日，第 71 段；国际投资争端解决中心，*Victor Pey Casado 和阿连德总统基金会诉智利共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/7/，裁决，2007 年 8 月 21 日，第 223 段。

⁵⁹⁵ 安大略和魁北克方案仲裁案(见上文脚注 593)，第 15-16 段。

认为，法律选择规定和解释规则具有根本不同的职能，而将司法判例视为既具辅助性又具补充性不符合 1969 年《维也纳公约》的框架。⁵⁹⁶ Reisman 认为：

该说法以两种方式歪曲了第三十二条。第一，这种做法削弱了第三十一条案文的首要地位，并直接转向用于确定文本意义的特别“补充手段”，然而正如本意见后文所示，该文本并没有[《1969 年维也纳条约法公约》]第三十二条……所列的特别情况。第二，更成问题的是法庭编造的方法从[《1969 年维也纳条约法公约》]第三十二条……的“补充手段”跳到《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的“辅助手段”，并在解释中引入“司法决定和裁决”，这样做更加背离[《1969 年维也纳条约法公约》]第三十二条……的方法。

《国际法院规约》第三十八条是国际性法庭的法律选择规则；正如《规约》明确规定的那样，第三十八条第一款(卯)项的职能是“确定”国际法院应适用的“法律规则”。与此不同的是，[《1969 年维也纳条约法公约》]第三十一和第三十二条……的作用是解释具体案文。第三十二条……中的“补充”一词引导解释者采用可澄清具体国际协定部分案文的材料。

《规约》第三十八条第一款(卯)项中的“辅助”一词授权国际法院在努力确定“国际实践”(第三十八条第一款(丑)项)或“一般原则”(第三十八条第一款(寅)项)的内容时，可参考“司法判例”并咨询“权威最高之公法学家”，以帮助确定法律规则。法庭从“补充”跳到“辅助”(这两个词听起来的确很相似)的做法，是把[1969 年《维也纳公约》]解释规则中没有也不应有的内容加在它上面。⁵⁹⁷

412. Bernardo Cremades 在 *Fraport* 案中的反对意见支持这一观点，认为意义问题属于条约解释的范畴，而不是先例的范畴。他认为，先前决定仅仅是标准条约语言的例证，但对条约案文本身并无约束力或本质上的补充。⁵⁹⁸

413. 尽管存在这种理论上的混淆，但并不意味着先前决定不经常用于澄清共同条约条款的意义，但大多数法庭都谨慎处理这一问题。有些法庭甚至确定了可能使用判例时应遵循的标准。因此，有些法庭有时判定依赖先前决定是不适当的，原因是当前裁决中所涉条约条款与先前决定中条约条款在文本上缺乏相似性，⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ 同上。

⁵⁹⁷ 同上。

⁵⁹⁸ 国际投资争端解决中心，*Fraport AG 法兰克福机场服务全球公司诉菲律宾共和国案(一)*，解决投资争端国际中心第 ARB/03/25 号案件，裁决，2007 年 8 月 16 日，Bernardo M. Cremades 先生的反对意见。

⁵⁹⁹ 例如，在 *SCB 诉坦桑尼亚联合共和国案*中，法庭驳回了所引用的案例，因为这些案例与该案无关，并指出：“这些案例均不涉及本案所涉的事实或条约案文。其中没有一项案例与根据《维也纳公约》第三十二条确认或确定有争议条约案文的意义充分相关”。国际投资争端解决中心，*渣打银行诉坦桑尼亚联合共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/10/12，裁决，2012 年 11 月 2 日，第 256 段；然而，见国际投资争端解决中心，*AWG 集团有限公司诉阿根廷共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/03/19，关于赔偿责任的决定，2010 年 7 月 30 日，Pedro Nikken 仲裁员的个别意见，第 24 段(告诫不要无差别对待各类案件，特别是在公正和公平待遇等事实性问题上，指出双边投资条约尽管表面上相似，但可能差别很大)。

或者因为相关法律制度之间整体上不相似，而同一制度内的先例可能更有说服力。⁶⁰⁰

414. 值得注意的是，根据委员会第七十五届会议期间就本专题暂时通过的结论草案，其他因素可能包括先前相关决定是否明确、⁶⁰¹ 作出决定的法庭的地位、其他法庭和评论者对其论证的接受情况、决定是否曾被撤销或质疑。⁶⁰² 一些评论者也提议采用滑动比例法来评估先前仲裁决定作为补充解释手段的权重。⁶⁰³

(二) 先前裁决与第三十一条的潜在相关性

415. 首先，除上个分节讨论的补充手段外，先前决定及其理由与1969年《维也纳公约》规定了条约解释规则的第三十一条也可能相关。在第三十一条范围内，先前决定可间接有助于解释过程的各个方面，能就通常意义、演化解释、嗣后实践、国际法相关规则、特殊意义等因素提供重要信息。⁶⁰⁴ 例如，在 *Azurix 诉阿根廷案* 中，法庭考虑了其他法庭和国际法院对“任意”一词的解释，以帮助确定其通常意义。⁶⁰⁵

416. 其次，与上述情况类似，先前决定还能揭示术语的意义是否已经演化。在 *Daimler 诉阿根廷案* 中，法庭审议了对最惠国条款中“待遇”一词是否需要作演化解释。⁶⁰⁶ 第三，先前决定可作为第三十一条第三款(b)项所述嗣后实践的证据，但仅在原则上如此。在 *Telefónica 诉阿根廷案* 中，答辩国称西班牙在其他仲裁案中的立场佐证了答辩国对最惠国条款的解释。然而法庭认为，这些分别表达

⁶⁰⁰ 在 *Grand River 诉美国案* 中，仲裁庭认定《北美自由贸易协定》的裁决“比非[《北美自由贸易协定》]投资案件的决定更相关、更适当”。联合国国际贸易法委员会，*Grand River Enterprises Six Nations Ltd. 等人诉美利坚合众国案*，裁决，2011年1月12日，第61段。

⁶⁰¹ 在 *Renta 4 等诉俄罗斯联邦案* 中，仲裁庭强调，如果先前的裁决忽略了关键术语，则其价值有限，指出：“但该裁决没有考虑‘付款’一词是否可能导致对其前提条件(征收)的事实进行考量。这可能是因为没有辩论该问题。该条约的表述也不包括‘应付’一词”。见斯德哥尔摩商会仲裁院，*Quasar de Valores SICAV S.A. 等诉俄罗斯联邦案(Renta 4 S.V.S.A 等诉俄罗斯联邦案)*，斯德哥尔摩商会案件编号 24/2007，关于初步反对意见的裁决，2009年3月20日，第48段。

⁶⁰² 见 Wolfgang Alschner, “Correctness of investment awards: why wrong decisions don’t die”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18 (2019), pp. 345–398 (但其中显示了是否有研究表明已被撤销或反响不佳的裁决有时仍会“存活”于援引中)。

⁶⁰³ 见 Esmé Shirlow and Michael Waibel, “Article 32 of the VCLT and precedent in investor-State arbitration: a sliding scale approach to interpretation”, Esmé Shirlow and Kiran Nasir Gore (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution, and Future* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2022), pp. 127–150 (此方法根据三个主要因素评估某项决定是否相关，即：(a) 可比性(文本相似性/实质相似性、缔约方身份、制度类型)；(b) 仲裁庭的地位、对决定的接受情况(包括被撤销状态)；(c) 该决定对相关条约条款的分析是否有深度且易懂。这一整体性办法注重1969年《维也纳公约》第三十二条的灵活性，与其形成对比的是一种更严格的观点，认为必须与条约案文和缔约方原始意图存在“直接联系”。此办法意图促进在投资条约仲裁中使用先例时更有原则性和可预测性。)

⁶⁰⁴ 同上。

⁶⁰⁵ *Azurix Corp. 诉阿根廷共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/01/12，裁决，2006年7月14日，第299-300段。

⁶⁰⁶ 国际投资争端解决中心，*Daimler Financial Services AG 诉阿根廷共和国案*，国际投资争端解决中心案件编号 ARB/05/1，裁决，2012年8月22日，第267段。

的立场并不构成第三十一条第三款(b)项所要求的“协定”。⁶⁰⁷ 第四, 根据第三十一条第三款(c)项, 先前决定作为“相关国际法规则”可能具有相关性。⁶⁰⁸ 第五, 先前决定也许能表明某术语是否具有第三十一条第四款所述的“特殊意义”, 因为这些判例可能表明先前的解释能确定该术语在特定领域的专门意义。⁶⁰⁹

417. 然而, 将这些使用仲裁先例的行为定性为适用第三十一条规定的条约解释通则可能会有问题。虽然先前决定无疑为解释工作提供了参考, 但这个作用是间接的, 途径是阐明与根据第三十一条进行的分析有关的因素, 例如通常意义、嗣后实践、相关国际法规则等。先前决定不像案文、上下文、目的和宗旨那样直接确定条约条款的意义。根据对第三十一条的一般理解, 这一结论是合理的。正如已经指出的那样, 第三十一条规定了通则, 而第三十二条则在很久以后才规定了参考补充手段的可能性。

418. 例如, 使用先前决定来辨别“普通意义”是依赖于先前法庭的论证, 将此作为捷径, 如同查字典。这种做法不解释条约案文本本身, 而是将解释任务外包给先前决定。同样, 为利用先前决定确立嗣后实践或相关国际法规则, 需证明先前决定反映了条约缔约国之间的共同理解, 而不仅仅是个别法庭的观点。

G. 拟议结论草案 13——与补充手段的关系

419. 委员会已通过结论草案 6, 其中指出辅助手段并非国际法的渊源, 而是用以协助确定国际法规则是否存在及其内容的工具。重要的是, 这一理解不妨碍将相同的材料用于其他目的, 包括用于条约解释。这一点在该结论的第二句中已经阐明。

420. 有鉴于此, 并考虑到前面提出的分析, 似有必要确认辅助手段在条约解释中可发挥独特的作用。对于这一点, 委员会在关于辅助手段之性质与职能的结论草案 6 中已作强调。具体而言, 根据 1969 年《维也纳公约》第三十二条, 相关材料可作为补充解释手段。本报告本章所讨论的实践充分表明了这一点。应在另一段中加以说明的第二个点是, 此类材料还可以为适用 1969 年《维也纳公约》第三十一条提供参考。该条规定了习惯国际法的条约解释通则, 包括澄清术语的一般意义、阐明嗣后实践、阐明相关国际法规则。第二款的案文意图反映这一理解, 但它在这方面强调了法院和法庭的司法决定和其他决定。

421. 因此, 特别报告员谨就补充解释手段与辅助手段之间的关系提出以下结论草案:

⁶⁰⁷ 国际投资争端解决中心, *Telefónica S.A.诉阿根廷共和国案*, 国际投资争端解决中心案件编号 ARB/03/20, 关于对管辖权的反对意见的决定, 2006 年 5 月 25 日, 第 109、111-112 段。另见: 国际投资争端解决中心, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.诉墨西哥合众国案*, 国际投资争端解决中心案件编号 ARB (AF)/04/5, 裁决, 2007 年 11 月 21 日, 第 176 段。

⁶⁰⁸ *AWG Group Limited 诉阿根廷共和国案*(见上文脚注 599), 第 63 段。

⁶⁰⁹ 见 *Anatolie Stati 等诉哈萨克斯坦共和国案(一)*, 斯德哥尔摩商会案件编号 V 116/2010, 裁决, 2013 年 12 月 19 日; 另见: 国际投资争端解决中心, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.诉巴基斯坦伊斯兰共和国案(一)*, 国际投资争端解决中心案件编号 ARB/03/29, 裁决, 2009 年 8 月 27 日(以上两案均涉及“公平与公正待遇”)。

结论草案 13

辅助手段与补充解释手段之间的关系

1. 辅助手段可为条约解释发挥重要作用。辅助手段的解释职能与其在确定国际法规则的存在及内容方面的作用不同，但两者是互补的。
2. 辅助手段，特别是法院和法庭的决定，可作为《维也纳条约法公约》第三十二条规定的补充解释手段，也可为适用第三十一条所规定通则提供依据，包括根据其上下文并参照其目的和宗旨澄清其用语的通常意义。

八. 结论草案的结构

422. 特别报告员回顾，他此前在审议本专题期间未就结论草案的结构问题作出决定。这是因为，在关于第一次报告的全体辩论期间，一些成员提议在结论草案的开头部分列入一项关于职能的规定。特别报告员则建议委员会等待他的第二次报告提供分析，作为通过这一规定的依据。

423. 第二次报告适时作出了该分析，并附有有关辅助手段之性质与职能的拟议结论草案。在委员会第二次全体辩论期间，又就同一事项提出了结构问题，因为特别报告员此前认为在一读之前应暂时搁置结构问题。本报告第二章概述了委员会和第六委员会的辩论情况，其中指出一些成员和国家就他们或其他人在上一年届会上提议的职能条款的位置提出了建议。

424. 尽管如此，特别报告员认为应避免过早设计结论草案的结构。因此，他建议委员会在一读时处理职能条款的位置问题。这是因为，与其他专题一样，届时通过的结论草案的整体内容将更加明确。

425. 在现阶段，鉴于委员会有望对此专题进行一读，所以有必要再次讨论结论草案的整体结构问题。特别报告员认为，关于此专题的结论草案的全文现在更清楚了。因此，有必要也适宜于设定这些结论各部分的逻辑结构，一如委员会在最近的几乎所有专题中所做的那样。

426. 委员会已暂时通过了上述结论草案中的八项。特别报告员在本报告中提出了其余五项结论草案。如果委员会通过这些结论，本专题的结论草案总数将达到13个，而采用分为各个部分的结构将使这些结论草案更便于使用。当然，本报告相关章节载有为通过拟议结论草案提供支持的分析和在本节中，这些拟议结论草案以楷体加粗体字标明，以便成员们查阅。

427. 特别报告员考虑到第三次报告提出的新结论(下文以黑体字突出显示)，谨对委员会暂时通过的这套结论草案提出以下整体结构。他指出，除综述一节外还列入了导言部分，这与委员会最近的做法是一致的。然后，他列入了论述法院和法庭的决定及学说的一节，它们是《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项明确规定的两个类别，现在无疑已成为习惯国际法的一部分。第四节也是最后一节讨论通常用以协助确定国际法规则的其他手段。利用私人专家组的工作已有很长的历史，法学家咨询委员会在起草关于辅助手段的规定时曾提到这一点。实践中普遍存在公共专家机构的声明和国际组织的决议，这些是国家和国际性法院及法庭通常用以确定规则的手段的一部分。

428. 最后应指出，在评估除法院和法庭决定以外的各类辅助手段的权重方面意图遵循一套逻辑(第七十五届会议期间就此暂时通过了单独的结论草案 8)。特别报告员的建议是，对于其余的辅助手段，应在每个类别中以单独的段落论述权重问题，并交叉引用草案结论 3 中列出的此类评估的一般标准。他在本报告中的提议反映了这一做法，使委员会随后有机会在相关评注中解释对每个类别而言应注意的最突出权重因素。

429. 考虑到上述所有因素，提出拟议结构如下：

第一部分：导言

结论草案 1(范围)

第二部分：一般规定

结论草案 2(确定国际法规则的辅助手段的类别)

结论草案 3(辅助手段的性质和作用)

结论草案 4(确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准)

第三部分：习惯国际法的辅助手段

结论草案 5(法院和法庭的决定)

结论草案 6(法院和法庭决定的一致性)

结论草案 7(法院和法庭决定的权重)

结论草案 8(辅助手段与补充解释手段之间的关系)

结论草案 9(在国际法中没有具法律约束力的先例)

结论草案 10(学说)⁶¹⁰

第四部分：一般用于确定国际法规则的其他手段

结论草案 11(私人专家组的产出)

结论草案 12(公共专家机构的声明)

结论草案 13(国际组织和政府间会议的决议)

九. 未来工作方案

430. 特别报告员在本报告导言中表示，他争取在 2025 年第七十六届会议期间完成关于本专题的各项结论草案。如果委员会按照本专题开始以来的惯例通过第三次报告提出的结论，特别报告员将编写这些结论的评注草案，供委员会在第七十六届会议后半会期通过。2025 年通过的评注，连同此前委员会自 2023 年将本专题列入当前工作方案以来通过的评注，还将考虑到各国迄今在大会第六委员会年度辩论中就本专题提出的评论和意见以及提交委员会的书面资料。

⁶¹⁰ 特别报告员指出他已提议在此结论草案中列入评估学说权重的标准，作为新的第 2 段，与此相关的解释见本报告。如果该项提议获接受，不会改变目前的结构。然而，如果委员会决定就学说的权重单独提出一个结论草案(并保持其他结论草案与此相关的一致性)，他会在起草委员会调整目前的拟议结构。

431. 委员会此后将在 2023 年至 2025 年期间成功通过关于确定国际法规则的辅助手段专题的整套结论草案及其评注。假定委员会在今年一读时会暂时通过整套结论草案及其评注，则可以设想在 2027 年进行二读。这将使各国、国际组织和其他相关行为者有充分时间就一读通过的结论草案及评注编写书面意见。在该阶段，委员会即可就此专题向大会提出最后建议。

附件

附件一

委员会迄今为止暂时通过的结论草案

结论 1

范围

目前的各项结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则的问题。

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权重时，除其他外，需考虑到：

- (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。

结论 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内容的辅助手段。
2. 在某些情况下，国内法院的决定可用作确定国际法规则的存在及内容的辅助手段。

结论 5

学说

学说，特别是那些普遍反映来自世界各法律体系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内容的辅助手段。在评估学说的代表性时，除其他外，需适当考虑到性别和语言多样性。

结论 6

辅助手段的性质和作用

1. 辅助手段不是国际法的渊源。辅助手段的作用是协助确定国际法规则的存在及内容。
2. 材料用作确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。

结论 7

在国际法中没有具法律约束力的先例

在国际性法院或法庭的决定涉及的问题与所审议的问题相同或相似时，可在法律要点上遵循这些决定。此类决定不构成具有法律约束力的先例，除非国际法的具体文书或规则另有规定。

结论 8

法院和法庭决定的权重

在评估法院或法庭决定的权重时，除结论草案 3 所列标准外，还需主要考虑到：

- (a) 法院或法庭是否被赋予适用有关规则的具体权限；
- (b) 该决定在多大程度上是一致决定的一部分；
- (c) 考虑到后续事态发展，论证在多大程度上仍然相关。

附件二

特别报告员第三次报告提出的结论草案

结论草案 9

私人专家组的产出

1. 在国家或国际组织参与下独立组织的、由个人或个人所组成集体撰写的产出，可作为确定国际法规则是否存在及其内容的辅助手段。
2. 在评估这些产出的权重时，应酌情考虑到结论草案 3 所载的标准。

结论草案 10

公共专家机构的声明

1. 专家机构的声明可作为确定国际法规则是否存在及其内容的辅助手段。
2. 在评估第 1 段所述声明的权重时，应酌情考虑结论草案 3 所载的标准。
3. 按第 1 段和第 2 段所述将专家机构的声明用作确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。

结论草案 11

国际组织和政府间会议的决议

1. 国际组织或政府间会议通过的决议可作为确定国际法规则是否存在及其内容的辅助手段。
2. 在评估国际组织或政府间会议决议的权重时，应酌情考虑结论草案 3 所载的标准。
3. 按第 1 段和第 2 段所述将决议用作确定国际法规则的辅助手段，不妨碍将其用于其他目的。

结论草案 12

法院和法庭决定的一致性

1. 负责解释和适用国际法的法院或法庭应在其任务范围内尽可能促进国际法律制度的一致性、稳定性、可预测性。
2. 根据第 1 段，在确定适用于某案件的国际法规则时，如不同法院或法庭就基本相同的问题所作决定中对法律的解释似相互冲突，则应注意要有利于国际法实现必要的明确性和基本的一致性。

结论草案 13

辅助手段与补充解释手段之间的关系

1. 辅助手段可为条约解释发挥重要作用。辅助手段的解释职能与其在确定国际法规则的存在及内容方面的作用不同，但两者互补。
2. 辅助手段，特别是法院和法庭的决定，可作为《维也纳条约法公约》第三十二条规定的补充解释手段，也可为适用第三十一条所规定通则提供依据，包括根据其上下文并参照其目的和宗旨澄清其用语的通常意义。

附件三

建议一读的结论草案的拟议结构

(按本报告第八章所述编排为几个部分；其中包含委员会通过的案文及本报告所载的建议；普通字体表示委员会已暂时通过的项目，黑体字表示特别报告员在本报告中提出的建议)

第一部分：导言

- 结论草案 1(范围)

第二部分：一般规定

- 结论草案 2(确定国际法规则的辅助手段的类别)
- 结论草案 3(辅助手段的性质和作用)
- 结论草案 4(确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准)

第三部分：习惯国际法的辅助手段

- 结论草案 5(法院和法庭的决定)
- **结论草案 6(法院和法庭决定的一致性)**
- 结论草案 7(法院和法庭决定的权重)
- **结论草案 8(辅助手段与补充解释手段之间的关系)**
- 结论草案 9(在国际法中没有具法律约束力的先例)
- 结论草案 10(学说)

第四部分：一般用于确定国际法规则的其他手段

- **结论草案 11(私人专家组的产出)**
 - **结论草案 12(公共专家机构的声明)**
 - **结论草案 13(国际组织和政府间会议的决议)**
-