



国际法委员会

第七十四届会议

2023 年 4 月 24 日至 6 月 2 日和
7 月 3 日至 8 月 4 日，日内瓦

国际法委员会第七十四届会议工作报告草稿

报告员：阮洪滔先生

第七章

确定国际法规则的辅助手段

增编

目录

页次

C. 委员会第七十四届会议通过的关于确定国际法规则的 辅助手段的结论草案案文	
1. 结论草案案文	
2. 结论草案案文及其评注	



C. 委员会第七十四届会议暂时通过的确定国际法规则的辅助手段结论草案案文

1. 结论草案案文

1. 委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案案文载录如下：

确定国际法规则的辅助手段

结论 1

范围

本结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则。

结论 2

确定国际法规则的辅助手段的类别

确定国际法规则的辅助手段包括：

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

结论 3

确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准

在评估确定国际法规则的辅助手段的分量时，除其他外，应当考虑到：

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

2. 结论草案案文及其评注

2. 委员会第七十四届会议暂时通过的结论草案案文及其评注载录如下：

确定国际法规则的辅助手段

总评注

- (1) 与委员会以往工作成果一样，本结论草案应结合评注来解读。
- (2) 本结论草案力求从两个主要方面，进一步澄清关于国际法渊源的法律。第一，本结论草案旨在根据《国际法院规约》第三十八条第一款¹ 的文字和精神，

¹ 《国际法院规约》，第三十八条，可查阅 <http://www.icj-cij.org/en/statute>。

以国际法“渊源”²为总体背景，厘清和阐明确定国际法规则的辅助手段的传统和当代作用。

(3) 第二，本结论草案旨在提供一致的方法，以便使用辅助手段确定国际法规则的存在和内容³。这种确定涉及两个主要目标：第一，在一些情况下，可能存在于一个问题，即基于既定的国际法渊源之一，如条约、国际习惯或一般法律原则，通过使用辅助手段，能否识别规范某个问题的一项国际法规则，或是否存在这项规则；第二，在其他情况下，使用辅助手段，可以确定某项规则存在，但其内容和范围可能仍有争议。在这两种情况下，司法决定等辅助手段都可用作协助确定国际法规则的手段。辅助手段与国际法渊源之间的相互作用以及辅助手段的类别因国家和国际组织实践日趋复杂(引起了许多关于这些实践的法律价值和影响的问题)而扩大所可能产生的深远影响表明，在使用辅助手段阐明国际法中约束性义务的来源时，采用一贯和系统的方法至关重要。⁴这种方法若得到国家、国际组织和其他相关行为体的广泛遵守，应当有助于提升国际法的统一性、可预测性和稳定性。

(4) 关于第一个目标，《国际法院规约》第三十八条作为关于国际法渊源的最权威表述，是本结论草案的出发点。根据第三十八条第一款，国际法院对于各国陈诉的各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：(子) 不论普通或特别条约，确立诉讼当事国明白承认之规条者；(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；(寅) 一般法律原则为“国际社会”所承认者；⁵ (卯) “司法判例”及“各国权威最高之公法学家学说”，作为确定法律原则之补助资料者。

(5) 委员会注意到，诉诸辅助手段，尤其是司法决定，须遵守《规约》第五十九条的限制，其中规定，法院的决定除对当事国外，无约束力，即使在当事国之

² 尽管“渊源”一词并无普遍接受的定义，但就当前目的而言，渊源一词在严格意义上使用，指法律效力或其约束性/强制性的来源。不过，通常认为国际法渊源指《国际法院规约》第三十八条第一款(子)至(寅)项所述的渊源。见关于确定国际法规则的辅助手段的第一次报告，A/CN.4/760，第160段。

³ 委员会在习惯国际法的识别专题中也处理了规则的存在和内容这一问题(见关于习惯国际法的识别的结论及其评注，《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第65-66段)。虽然本文讨论的是辅助手段，而非真正的国际法渊源，但同样的逻辑也适用于此。

⁴ 委员会在各种项目中已经确定，需要一种方法来澄清国际法渊源。委员会应酌情以先前已经获得各国普遍支持的结论为基础，其中指出，辅助手段可用于确定国际法规则的存在和内容，无论这些规则属于：习惯国际法(结论13，第1段：“国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的判决，是确定此类规则的辅助手段”，《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第65段)；一般法律原则(结论草案8，第1段：“国际性法院和法庭特别是国际法院涉及一般法律原则的存在及内容的判决是确定此类原则的辅助手段”，载于本报告第四章)；甚至一般国际法强制性规范(强行法)(结论9——“国际性法院和法庭的判决，特别是国际法院的判决，是确定一般国际法规范强制性的辅助手段”，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第10号》(A/77/10)，第43段)。

⁵ 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项采用了“文明各国”的提法。委员会在“一般法律原则”专题中正确地摒弃了这一过时用语，改为更包容的“国际社会”一词。因此，本专题也将使用后者。见关于一般法律原则的结论草案2，载于本报告第四章。

间，也只对本案具有约束力。⁶ 学说不存在约束力问题，学说与司法决定一样，不是国际法的渊源。司法决定和学说作为确定国际法规则的辅助手段，只起到指导作用。因此，第三十八条明确提及第五十九条，似乎意在“明显限制法院使用司法决定作为确定国际法规则的辅助手段的自由”。⁷ 此外，在国家实践和法院及法庭的实践中有大量证据证明存在下列对立关系：

以往的司法和仲裁决定常用于识别或阐明法律规则，而非制定规则，换言之，与其说它们是具有约束力的先例，不如说是具有说服力。因此，我们发现国际法院经常引用自身的决定和常设国际法院的决定。提及第五十九条，只意味着决定本身只对本案的当事方产生法律后果。⁸

但是，更进一步来看，国际法院本身不但引用以往决定，还常常花时间解释以往决定所代表的以往立场，或解释为何偏离以往决定。⁹ 事实上，这方面的例子有很多。法院曾多次强调，包括在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)中强调，虽然以往决定对法院没有约束力，但“它不会偏离既有判例，除非有非常特殊的原因”(强调是后加的)。¹⁰ 正如 Rosenne 所解释的，“承认常设法庭决定的先例价值，对所有法庭而言都是自然而然的，即使没有关于先例约束力的人造学说或难以理解的判例法理论，也会出现这种情况”。¹¹

(6) 关于第二个目标，从纯技术的意义上讲，第三十八条只是《国际法院规约》的适用法条款。但是，其重要性不仅源自它载于联合国主要司法机关和唯一具有普遍管辖权的世界法院的《规约》，还源自第三十八条在习惯国际法下获各国和法庭以及法律学者的普遍接受和依赖，是关于渊源的总体准确的表述。尽管如此，考虑到它作为适用法条款的性质，《规约》起草者或国家和国际组织的实践均未暗示该条款是详尽无遗的国际法渊源清单。因此，除了可视为经典辅助手段

⁶ 尽管如此，法院虽声称忠于第五十九条，在实际上却确立了一种微妙的立场，要求其找到理由才能不遵循自身以往的论证。例如，喀麦隆与尼日利亚间陆地和海洋疆界案(初步反对意见)，判决，《1998 年国际法院案例汇编》，第 275 页起，见第 292 页，第 28 段(“确实，根据第五十九条，法院的判决只对当事方及所涉案件有约束力。不可能要求尼日利亚服从法院在以往案件中下达的判决。真正的问题是，在本案中，没有理由遵循以往案件的论证和结论。”)。

⁷ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, 4th ed. (Boston, Martinus Nijhoff, 2006), p. 1552.

⁸ 同上，p. 1553。

⁹ 例如见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加)，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页起，见第 122 页。在该案中，法院确定，它必须“根据《规约》第三十八条第一款(丑)项，确定是否存在赋予国家豁免权的‘国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者’，如果存在，豁免的范围和程度如何。为此，法院必须适用它一再制定的用于识别习惯国际法规则的标准。具体而言，正如法院在北海大陆架案中明确的，存在习惯国际法规则的前提是，存在‘既有惯例’和法律确信(北海大陆架案(德意志联邦共和国/丹麦)；德意志联邦共和国/荷兰)，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 44 页起，见第 77 页)”(强调是后加的)。

¹⁰ 在这方面，见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(克罗地亚诉塞尔维亚)，初步反对意见，判决，《2008 年国际法院案例汇编》，第 412 页起，见第 428 页，第 53 段。法院的判决显示，它不仅对常设国际法院的决定高度开放，对其他各种法院和实体的决定也高度开放。例如，在加勒比海主权利和海洋空间受侵犯的指控案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)中，国际法院 2022 年 4 月 21 日的判决引用了它自身的若干判决，还引用了国际海洋法法庭和一个仲裁法庭的判决，以及国际法委员会的工作成果。

¹¹ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

的司法决定和学说，本结论草案还将涉及国家和国际组织实践中常见的其他辅助手段，这些辅助手段将在后续结论草案中详加阐述。

(7) 委员会选择“结论草案”作为本专题工作的最终产出形式。这与委员会近期在涉及国际法渊源和相关问题的四个专题中的工作成果保持一致，是这些工作成果的补充。这四个专题分别是：习惯国际法的识别¹²、一般法律原则¹³、一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果¹⁴ 以及与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践¹⁵。

(8) 关于“结论草案”的规范价值，至今为止，委员会并未对结论草案采取一刀切的定义，因为委员会必须审查各个专题的具体需求。尽管如此，由于各国和委员会工作的其他用户可能更熟悉“条款草案”这一最终产出形式，此处使用的结论草案应理解为理性审议过程的结果，更具体而言，是重申在确定国际法规则的辅助手段方面的实践所产生的规则。其本质特征是基于现有实践澄清法律。因此，按照委员会章程和上述相关专题工作的惯例，本结论草案的内容主要反映国际法的编纂，并可能反映国际法逐步发展的要素。

(9) 正如所料，考虑到本专题的方法性质，本结论草案的目的不是识别国际性法院的司法决定等辅助手段中可能表达的实质性国际法规则。试图汇编国际法不同领域的这类规则，在方法上难以实现。恐怕也需要数十年才能完成。而且，在完成时，从所审查的辅助手段中识别出来的一系列约束性规则是否还有现实意义或与时俱进，也很难确定。此处的任务相对较容易，更有可能对委员会工作的受益者起到更大的实际作用。

(10) 考虑到上述原因，加上根据章程第一条，委员会的任务是协助各国推进国际法的编纂和逐步发展，委员会希望本结论将有助于所有需要处理确定国际法规则的辅助手段问题的各方开展工作。尽管如此，由于本结论草案并不涵盖所有可能存在的辅助手段，本结论草案所载标准的适用将对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有益。最后，本结论草案案文及其评注一并阅读，将为各国、国际组织、国际性和国内法院及法庭以及有理由讨论确定国际法规则的辅助手段问题的各方，包括法律学者和国际法从业人员，如法官、仲裁员和法律顾问，提供有益的指导。

结论 1

范围

本结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则。

评注

(1) 结论草案 1 是介绍性的，从总体上规定本结论草案涉及使用辅助手段确定国际法规则。使用“本结论草案”一语表明，目的是规定整套结论草案的范围。使用“涉及”而非“适用于”(一般用在推荐给各国作为未来公约基础的成果中)，

¹² 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，第 89-113 页，第 53-66 段。

¹³ 载于本报告第四章。

¹⁴ 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第四章，第 43-44 段。

¹⁵ 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，第 23-88 页，第 39-52 段。

表明了这项工作的对象。这还反映了委员会在成果为“结论草案”或“指南草案”而非“条款草案”的类似专题中的惯例。

(2) 在考虑了两个主要备选项后，选择了“使用”一词来描述辅助手段。第一，与习惯国际法的识别专题中的范围规定类似¹⁶，最初提议采用“如何使用辅助手段”这一措辞，以强调本专题的方法性质。第二，在委员会的讨论期间，审议了另一措辞，即“应使用”辅助手段。《规约》确实指示国际法院适用司法决定和学说作为辅助手段，但令人困惑的是，它同时又表示，法官应使用司法决定和学说作为确定国际法规则的手段。尽管如此，在实践中，虽然法官可以也确实在认为必要时援引辅助手段，但《规约》第三十八条实际上并不要求法院适用辅助手段。因此，委员会采用了“使用”一词，其命令性质弱于“应使用”。倾向于使用第二种措辞是因为它更中性。

(3) 就本评注而言，为更清楚起见，需要对三个术语进行解释。第一，“subsidiary means for the determination of rules of international law(确定国际法规则的辅助手段)”这一提法来自《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项。“确定国际法规则的辅助手段”一语将在本专题和评注中经常使用，但无论意图为何，均应视作与“subsidiary means for the determination of rules of law(确定法律规则的辅助手段)”一语等同。换言之，《规约》中含义更广的“rules of law(法律规则)”一词虽然并非总是但将会常常被“rules of international law(国际法规则)”一词代替。后一种措辞确保了与本专题标题的一致性，选择这一措辞意在强调本项目的要旨是确定国际法规则，而非更广义的法律规则。重要的是，“法律规则”一词的含义比“国际法规则”更广¹⁷ 虽是事实，但这并不限制本结论草案的实质范围，也没有改变所需要的分析方法。

(4) 第二，在英语的通常用法中，“subsidiary”一词是一词借用自拉丁语“subsidiarius”，指提供帮助之物，“附属”、“补充”或“次要”之物，“辅助品或附属物；提供额外支持或帮助的事物；辅助、帮助”。¹⁸ 第二个词“手段”指“中介物或工具”；“插入其间或介于中间的事物”。¹⁹ 由此可知，从“辅助手段”的通常含义来看，它暗示还存在另外一种东西，即与辅助手段相对的东西；例如，作为“首要”或“主要”手段的东西。辅助手段类别的存在意味着“必然存在确定法律规则的主要手段”。²⁰

(5) 第三，更具实质性的是，第三十八条第一款(卯)项的法文本(moyens auxiliaires)、西班牙文本(medios auxiliares)和其他同等作准语文文本均强调了辅助手段的补充或辅助性质。它们确认，司法决定和学说均附属于《规约》第三十八条第一款(子)至(寅)项明确列举的形式法律渊源，即：条约、国际习惯和一般法律原则。换言之，司法决定和学说是辅助的，只是因为它们不属于本身即可适

¹⁶ 作为范围规定，结论 1 表示，“本结论涉及如何确定习惯国际法规则的存在及内容。”见关于习惯国际法的识别的结论之结论 1，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段。

¹⁷ 同时，倾向于使用“rules of international law(国际法规则)”一词不应理解为委员会非正式地呼吁对《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项进行某种间接修订。

¹⁸ “Subsidiary”, *Oxford English Dictionary* (Clarendon, 3d ed., 2013). 可查阅 www.oed.com.

¹⁹ “Means”, 同上。

²⁰ G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3rd ed. (London, Steven and Sons, 1957), pp. 26–27.

用的法律渊源。它们被用于协助或帮助确定国际法律规则是否存在，如果存在，这些规则的内容和法律性质如何。这并不是说辅助手段不重要。相反，它们虽然只是识别和确定国际法规则的辅助手段或资料，但仍然很重要。

(6) 关于上一点，委员会已经在 2022 年关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论中确定，一些辅助手段，确切地说是国际性法院和法庭的决定，甚至是“确定一般国际法规范强制性的辅助手段”²¹。在得出上述结论之前，委员会还在另外两个涉及《规约》第三十八条因此尤其具有相关性的专题中得出如下结论：辅助手段可用于识别或确定习惯国际法规则(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)。

(7) 法律渊源不同于辅助手段，但同时也与一些辅助手段如以往司法决定相互作用，国际法院在若干案件中适用第三十八条的方式确认了这一点。例如，在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国)中，在解决哪些法律适用于该案的问题时，法院解释说，它需要适用“《规约》第三十八条列举的各种法律渊源”²²，包括多边条约和习惯法。在大陆架案(突尼斯/利比亚)中，法院回顾指出，“虽然法院在确定适用于划界的相关原则和规则时，当然有义务考虑《国际法院规约》第三十八条第一款规定的所有法律渊源，但根据第三十八条第一款(子)项，它也有义务适用特别协定的规定”²³。

(8) 同样，在缅甸湾案中，国际法院的分庭裁定：

法院在论证此事时，显然必须首先援引《国际法院规约》第三十八条第一款。分庭在现阶段的论证中，目的是确定总体上规管海洋划界事宜的国际法原则和规则，为此将援引公约(第三十八条第一款(子)项)和国际习惯(第一款(丑)项)，对于后者的定义，法院或各仲裁法庭的司法决定(第一款(卯)项)已经作出重要贡献。²⁴

在格陵兰和扬马延间区域海洋划界案(丹麦诉挪威)中，法院审查了“《国际法院规约》第三十八条列举的渊源”，法院认为，在确定“适用于渔区的法律”时，“必须考虑”这些渊源²⁵。最后，在另一个例子即边界争端案(布基纳法索/尼日尔)中，法院结合当事方之间特别协定的目的，解释了第三十八条第一款，

²¹ 在这方面，见题为“确定一般国际法规范强制性的辅助手段”的结论 9 第 1 段及其评注第(1)至(4)段，A/77/10，第 44 段，见第 43-45 页。另见关于习惯国际法的识别的结论之结论 13 评注第(2)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 109 页(“‘辅助手段’的措辞表明了这类判决在阐明法律方面的补充作用，而并非(像条约、习惯国际法或一般法律原则那样)本身就是国际法的渊源。‘辅助手段’一词的使用不是表明也无意表明这类判决对于习惯国际法的识别不重要”)。

²² 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)，实质问题，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页起，见第 82 页。

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

²⁴ 缅甸湾地区海洋边界的划定案，判决，《1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页起，见第 290-291 页，第 83 段。

²⁵ 格陵兰和扬马延间区域海洋划界案，判决，《1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页起，见第 61 页，第 52 段。

认为它“清楚表明，这一《规约》条款提及的规则和原则必须适用于法院在裁定该争端时可能需要解决的任何问题”。²⁶

(9) 关于“确定国际法规则”一语，“确定”一词来自《规约》第三十八条第一款(卯)项。委员会认为，这个词至少可以有两种理解。首先，“确定”一词作为名词有一种含义，作为动词有另一种含义。作为名词，它可表示“查明”(查明规则是什么的手段、一项证据)。在这层含义下，“确定”的含义“仅限于弄清楚现行法律是什么”²⁷。这种确定将涉及几项行动，取决于实际情况，其中可能包括识别规则或确定特定规则是否存在；如果存在，确定规则的内容及其是否适用于具体案件。

(10) 例如，这种确定过程可能涉及分析某类辅助手段，如国际性法院的决定，从而确定在某个争议问题上是否存在一项国际法律规则。经评估，可确定这项规则作为第三十八条第一段(子)至(寅)项所载的国际法渊源之一，即条约、习惯国际法或一般法律原则而存在(或不存在)。以条约为例，某项规则的存在可能相对容易确定，但该项规则的范围可能存在争议。在这方面，规则的渊源和辅助手段可相互作用，从而帮助解决实际问题。例如，以往司法决定作为辅助手段使用时，可能被当事方和法院引用，因为该决定可能已经援引和分析了条约中的某项规则，如《联合国宪章》第二条第四款关于禁止使用武力的规定。因此，上述例子中来自《宪章》的条约规则和解释该规则的以往决定都有可能有助于解决当事方之间的争端。

(11) 在其他情况下，在涉及条约以外的法律渊源即习惯国际法或一般法律原则时，与条约相比，将需要更多地分析辅助手段和形式渊源之间的相互作用。这是因为无论是习惯法的证明，还是一般法律原则的证明，都需要满足额外的法律标准，才能识别出法律规则。不论参考的文书是什么，援引以往司法决定作为辅助手段不意味着后者是法律渊源；它只说明该决定本身就足以构成有说服力的证据，证明一项国际法规则的存在和内容，进而可以适用该规则。若该规则得到适用，其约束力将来自条约、习惯或一般原则，而非以往的司法决定，因为国际法中没有依照先例原则(这一点得到《国际法院规约》第五十九条的确认)。

(12) 但是，除了上文第(9)段所述的含义，“确定”一词作为动词还可以表示“决定”(制定法律)。²⁸“确定”意指“通过观察、审查、计算等明确确定”。因此，它也可以理解为“果断地或权威地制定；宣布、声明、陈述”或“事先决定或固定；颁布、命令”。²⁹ 例如，法院可在司法决定中确定，关于某一个问

²⁶ 边界争端案(布基纳法索/尼日尔)，判决，《2013年国际法院案例汇编》，第44页起，见第73页，第62段。

²⁷ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p. 76.

²⁸ M. Mendelson, “The formation of customary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (1998), pp. 155–410, at p. 202, footnote 95; 另见 E. Roucouas, “Rapport entre ‘moyens auxiliaires’ de détermination du droit international”, *Thesaurus Acroasium*, vol. XIX (1992), pp. 257–284, at p. 263.

²⁹ “Determine”, *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., 1989, vol. IV, p. 550.

题，没有明确的国际法规则。³⁰ 然后，法院可提出某种解释，说明存在某项规则或某种解决方案，并加以适用。例如，马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦特许权案³¹、渔业案³² 和关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见³³ 就属于这种情况。在后来的法律争端中，虽然从形式上来说，第五十九条将继续适用，但法院可通过只引用以往判决本身，引用该判决所援引的规则。³⁴ 在许多情况下，法院在这样做时，可不再进一步分析该规则是否存在，因为以往决定已确立该规则存在，以后便可视其为既定事实。毕竟，在实践中，法官和国家及其法律代表在需要解决所涉事实和法律问题与已审议案件类似的新争端时，不会每次都从零开始。以往司法和仲裁决定“常用于识别或阐明法律规则，而非制定规则，换言之，与其说它们是具有约束力的先例，不如说是具有说服力”。³⁵

(13) 最后，关于本结论草案和评注中“规则”³⁶ 一词的含义，英文本中“rules”一词在法文中被译为“règles”，在西班牙文中被译为“normas”。应当回顾，在以往专题包括涉及国际法渊源的专题中，委员会的惯例是采用“规则”的广义用法，涵盖严格意义上的规则和一般法律原则。

结论 2

确定国际法规则的辅助手段的类别

确定国际法规则的辅助手段包括：

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

³⁰ 正如赫希·劳特帕赫特所解释的，在这些案件中，“法院依据的观点是，关于它所处理的问题，不存在普遍接受和商定的法律规则，因此它有义务并有权独立审查所涉问题，并予以解决”。见 H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (London, Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 186; 另见 p. 187。

³¹ 马夫罗马蒂斯在耶路撒冷特许权案，1924 年 8 月 30 日的判决，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，第 16 页(常设国际法院的《规约》和《规则》中没有关于在管辖权遭到反对时应如何处理的规定，在此情况下，常设国际法院决定，它“有权采用它认为最能确保司法正义、最适合国际性法庭审理程序、最符合国际法基本原则的原则”)。

³² 渔业案，1951 年 12 月 18 日的判决，《1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页起，见第 127-143 页(法院支持使用一种在当时看来与彼时广为接受的固定基线国际法规则不尽相同的固定基线方法)。

³³ 关于对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见，《1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页起，见第 26 页(法院引入了一项评估保留效力的新标准，指出“缔约国有一项共同义务，在进行判断时，须以保留是否与保护《公约》目的和宗旨相符为准”)。

³⁴ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76 (“在新决定中基于以往决定确定法律规则，新决定不是辅助手段；它是一项新国际法规则的渊源；这项规则由法院单独制定。一旦在新决定中确定了一项法院规则，法院在后续案件中将适用该规则；若无这项决定，这项法律规则的存在可能并不明显”)。

³⁵ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

³⁶ 国际法院在缅甸湾地区案中对此作了解释(见上文脚注 24)，第 288-290 页(“将‘规则’和‘原则’这两个词连在一起，只是在用双重表述来表达同一个意思，因为在此处，‘原则’显然指法律原则，换言之，它也包括国际法规则，在此情况下，使用‘原则’一词也许是合理的，因为原则更具一般性和根本性”)。

评注

(1) 结论草案 2 列出了确定国际法规则的辅助手段的三个主要类别或种类。分别为：法院和法庭的决定；世界各国、各地区和各种法律制度下著名学者的学说；以及一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段。前两个类别源自《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，大致沿用了措辞，并进行了下文所述的调整。但最后一类辅助手段反映了一个事实，即存在其他辅助手段，在实践中广泛用于协助确定国际法规则。本条结论草案涵盖的三种类别旨在以非详尽无遗的方式，反映国际、区域和国家一级实践中实际发生的情况。下文的评注从前导句开始，随后依次解释各个类别。

结论草案 2 前导句

(2) 结论草案 2 前导句简单申明，“确定国际法规则的辅助手段包括”。在拟订现在的前导句时，曾考虑采用另一种提法，即“包括但不限于”，或将“包括”改为“可采取如下形式”，目的均为确认本条结论草案所述辅助手段类别并非详尽无遗。最后，委员会决定在句尾只使用“包括”一词，因为这已经足够清楚和宽泛。“包括”一词也是后文列举三类辅助手段的基础。从实质上讲，如上文所述，前导句的出发点是，《规约》第三十八条第一款(卯)项所载辅助手段清单并非详尽无遗，这些手段具有更广的相关性，因为它们是习惯国际法不可分割的一部分。

(3) 结论草案 2(a)分段和(b)分段所述的前两个类别源自《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，其中提到“司法判例”和“各国权威最高之公法学家学说”是确定法律规则的辅助手段。上述法定措辞被缩短为“法院和法庭的决定”和“学说”。此外，还有第三个很重要的兜底类别，即“任何其他手段”。后者包括第三十八条未明确提及但国家和国际实践中已经出现、在确定国际法规则过程中同样起到辅助和协助作用的辅助手段。存在第三类辅助手段这一点通过两处地方点明：第一，在前导句末尾使用“包括”一词；第二，更实质性的是，通过纳入(c)分段，明确指出存在一个更具开放性的类别，即“任何其他辅助手段”。

(a)分段——法院和法庭的决定

(4) (a)分段确认，第一类辅助手段由“法院和法庭的决定”组成。与其以往涉及辅助手段的工作成果³⁷保持一致，委员会决定删除限定词“judicial(司法)”，采用含义更广的措辞，即“decisions of courts and tribunals(法院和法庭的决定)”。此举旨在确保本结论草案能够涵盖范围更广的各类机构决定。不过，有人提出，完全照搬《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项中的措辞，采用含义更窄的“judicial decisions(司法决定)”一词，比现在采用的广义措辞即“法院和法庭的决定”更可取。

(5) 《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项明确提到，“judicial decisions(司法判例)”是确定国际法规则的辅助手段之一。《联合国宪章》(第十四章)、《规约》、国际法院的次要文件(例如《法院规则》或《程序指示》)或国际法院的判例都没有给出“judicial decisions”一词的定义。在实践和本专题中，关于

³⁷ 例如，习惯国际法的识别专题结论 13 的标题：“Decisions of courts and tribunals(法院和法庭的判决)”。《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段。

“judicial decisions”一词的含义和范围，是有疑问的。因此，委员会最终决定与以往其他专题保持一致，在此处采用“decisions of courts and tribunals(法院和法庭的决定)”。

(6) “Judicial(司法)”和“decisions(决定)”二词有多种常见含义。就本结论草案的目的而言，相关的常见含义有三种。第一，根据《牛津英语大辞典》，
“judicial”系指“属于或关于法院诉讼程序的、关于法官在这种诉讼程序中职能的，或关于司法的；由法庭判决产生或确定的；在法庭上说过或做过的，因此被视为有效或可受理的”。³⁸ “Judicial”一词的第二种含义是：“属于、关于法官或合乎法官身份的”。³⁹ 第三种含义是：“描述个人、团体或机构时：具有审判职能；被授予审判案件权力的”；“判决、决定或裁定”；“法律判决；法律上作出的决定或判处的刑罚”；“对某事宣布判断或决定的；形成或表达判决的；倾向于作出判决的；与判决有关的；评判的”。⁴⁰

(7) 根据同一部辞典，“decisions”一词指“决定或结束一场比赛或争议等的行动、事实或过程；对争议事项的判决；处理、解决”。另一个相关的含义是：“就审议中的事项得出结论的行动、事实或过程；就意见或做法等作出决定的行动或事实；这种情况的实例”。⁴¹ 最后一个相关的含义是，“这一行动或过程的结果；已决定之事；结论、判决、决议；选择”。⁴²

(8) 整体来看，基于上文，“决定”一词应理解为法院或人民团体或机构在决定或结束争议或解决问题过程中作出的判决、决定或裁定。虽然在正常情况下，这种决定，尤其是司法决定，将由法院作出，如国际法院或其他国际性法院或国内法院，但也有可能由其他类适当的裁决机构作出。与此有关的是，对于国际法院或其他国际性法院的决定，应澄清，这些决定不仅包括法院下达的最终判决，还包括咨询意见和任何其他在诉讼开始前的附带程序或中间程序中下达的命令。⁴³ 后者将包括国际法院下达的临时措施命令，至少自拉格朗案⁴⁴以来如此。⁴⁵

(9) 假定现在“决定”的含义已经明确，“法院和法庭”一语的含义是什么？作为起点，“法院和法庭”一般应作广义理解。这一术语既包括国际性法院和法庭，也包括国内法院，有时又称国家法院。广义上，它包括国际法院、国际海洋

³⁸ “Judicial”, *Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Judicial: “含义一般与司法或行使判决职能有关”，同上。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ “Decision”，同上。

⁴² 同上。

⁴³ 上述解释符合委员会在习惯国际法的识别专题中的观点，在关于辅助手段的结论 13 的评注中，委员会解释说，“‘判决’一词包括判决和咨询意见以及关于程序事项和中间事宜的指示”：结论 13 评注第(5)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 109 页。

⁴⁴ 拉格朗案(德国诉美利坚合众国)，判决，《2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页起，见 493-494 页，第 76-77 段；以及阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页起，见第 35-36 页，第 40 段。

⁴⁵ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 13 评注第(6)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 109-110 页。

法法庭、前南斯拉夫问题特设国际刑事法庭和卢旺达问题特设国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭、黎巴嫩问题特别法庭和世界贸易组织的争端解决机构等。⁴⁶提及法院和法庭时，还包括区域人权法院和委员会，如非洲人权和民族权法院、非洲人权和民族权委员会、欧洲联盟法院、欧洲人权法院、美洲人权法院以及美洲人权委员会。同样，“决定”一词包括国家创设的条约机构如人权事务委员会依个人来文程序作出的决定。因此，委员会认为，与其以往的工作成果保持一致，采用含义较广的“决定”一词，好处在于涵盖各类机构包括和解委员会下达的决定。因此，委员会最终决定像以往其他专题一样，在此处采用“法院和法庭的决定”。

(10) 为明确起见，国内法院是指可在国内法律体系内运作的法院或法庭。它们通常根据国内法律运作：这包括一些所谓的“混合”法院，其属事管辖权和组成情况具有混合性。⁴⁷在此，可以顺便指出，国内法院的决定起到双重作用，除了作为辅助手段，还是国家实践的表现，也可作为认定法律确信的依据。例如，在关于习惯国际法的识别的结论中，委员会指出，国家实践由国家行为构成，不论该行为是行使行政、立法、司法职能，还是行使其他职能。⁴⁸国内法院的决定作为国家司法实践的一种证明，具有相关性。重要的是，如上文所述，它们也可以是一种辅助手段。国内法院的裁决，尤其是关于国际法问题的裁决，可能具有价值。这一点在国际法院的大量实践中得到证明。⁴⁹

(11) 使用国际性和国内法院及法庭的决定作为确定国际法规则的辅助手段是广泛存在的实践，将在结论草案 4 及未来的结论草案中进一步详细阐述。

⁴⁶ 早年有学者分析了应如何解释在国际经济法中的“决定”，尤其是《1994 年关税与贸易总协定》(《设立世界贸易组织的马拉喀什协定》)附件一：马拉喀什，1994 年 4 月 15 日，联合国《条约汇编》，第 1867 卷，第 31874 号，第 190 页起)所述世界贸易组织争端解决制度的“决定”，世贸组织上诉机构将这些决定比作《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所述的辅助手段，见 D. Palmeter and P. C. Mavroidis, “The WTO legal system: sources of law”, *American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), pp. 398–413。最近在世贸组织背景下对先例问题的讨论见 N. Ridi, “Rule of precedent and rules on precedent”, in E. De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), pp. 354–400。

⁴⁷ 委员会在习惯国际法的识别专题中，提供了“国际性法院和法庭”和“混合法院”二词的工作定义，这虽只是一个起点，但也方便了我们的工作：关于习惯国际法的识别的结论之结论 13 评注第(6)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109–110 页。

⁴⁸ 同上，第 65 段，关于习惯国际法的识别的结论之结论 5。关于“混合法院”及其产出，将在本专题的后续结论草案中加以讨论。

⁴⁹ 见巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，判决，《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 33–34 和 37 页，第 38 和 50 段，其中法院裁定，在解决比利时和西班牙之间的争端时，为确定所涉公司的法人人格，国际法“必须承认法人实体是各国在基本上属于其国内管辖范围内的领域创设的制度。这就要求，凡在国家对待公司和股东的权利方面出现法律问题时，就必须参照有关的国内法规则，因为国际法没有就这些权利确立自己的规则。因此，鉴于法人实体及其股东在国内法下的权利与本案相关，法院必须注意这些权利的性质和相互关系。”此外，在第 50 段中，法院指出：“现在来看本案的国际法问题，正如上文所述，法院必须从一个事实出发，即本案本质上涉及的是源自国内法的要素——公司和股东之间既相互区别又组成共同体的关系——当事双方的解释无论多么不同，都以上述事实作为论证的出发点。如果法院在裁决本案时不顾国内法的有关规定，就会在无正当理由的情况下引发严重的法律难题。它将与现实脱节，因为国际法中没有法院可以诉诸的相应制度。因此，正如上文所述，法院不仅必须注意国内法，还必须援引国内法。国际法所援引的不是某个特定国家的国内法，而是各国法律体系普遍接受的规则，这些规则承认股份代表资本的有限公司制度。在援引这些规则时，法院不得加以修改，更不得予以扭曲。”

(b)分段——学说

(12) 《规约》第三十八条第一款(卯)项指示法院适用“各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者”。与结论草案2该段第一部分中的类别即“法院和法庭的决定”一样，《联合国宪章》(第十四章)、《规约》和法院的次要文件(《法院规则》或《程序指示》)都没有规定“学说”的定义。法院及其前身在实践中似乎并无理由对学说进行界定。法官常常在个人意见中引用学说，但也没有明确给出“学说”一词的定义。因此，审查这个词的常见含义是有益的，旨在澄清对法院的这部分指示的目的。

(13) 在本结论草案中，委员会决定使用“*teachings*(学说)”一词(法文本是“*la doctrine*”，西班牙文本是“*la doctrina*”)来描述源自法院实践和存在于习惯国际法中的第二种既定辅助手段类别。《法院》第三十八条第一款(卯)项没有规定“学说”的定义，因为其定义可能很显而易见。名词“*teaching*”的字典含义是“教师的工作”；“*teachings*”(复数)指“某个人或某个团体教给其他人的观点，特别是关于政治、宗教或社会的观点”。⁵⁰ 委员会还讨论了是否可以使用第三十八条第一款(卯)项所载的“*most highly qualified publicists*(最权威的国际法专家)”这一提法。上述提法被认为是一个充满历史和地域色彩的概念，可能被视为精英主义。还有人认为，它过于关注作者个人的身份，而非此人工作成果的科学质量，而后者应成为主要考量因素。但是，也有人表示，照搬《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项中的措辞，即“*teachings of the most highly qualified publicists of the various nations*(各国最权威国际法专家的学说)”，比简洁的“*teachings*(学说)”一词更可取。

(14) 委员会提出的另一个关切是，可能难以确定谁是权威国际法专家，因为在不同的法律体系，标准可能不同。类似的，有人指出，在一些语言中，“*publicists*”一词听起来已经过时，可能被理解为指男性国际法专家，这并不适当。委员会的普遍观点是强调需要采用更中性、更具包容性和代表性的措辞。因此，对若干提议进行了审议。其中包括：“公认胜任的各国国际法届人士的著作，同时适当考虑性别多样性”；将特别报告员最初提议的案文即来自委员会《规章》的“公认胜任的国际法届人士”改为“代表世界不同法律体系的公认胜任的国际法届人士”；采用《国际法院规约》中提到的法学家(*jurisconsult*)概念；以及“国际社会认可的最权威国际法专家的学说”。然而，这些提议都没有得到普遍支持。还有人表达了另一个关切，即本条规定只列举了辅助手段的类别，没有以详尽无遗的方式界定辅助手段，在其中引入新的术语可能带来其他问题。最后，委员会决定只采用“学说”一词。但有一项谅解，即委员会将在本结论草案的后续部分回到这个问题上，就学说是什么提供更详细的表述和指引。事实上，与(a)分段一样，学说的概念将在一条专门的结论草案即结论草案5及其评注中详加阐述。

(15) 就当前目的而言，简单来说，学说指某个人或某个团体教给其他人的关于国际法问题的观点。在结论草案2中，学说并非指随便一种学说，而是某个或某组著名学者(即各国最权威国际法专家)的学说。应特别注意各个领域知名学者的

⁵⁰ 见 *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 可查阅 oxfordlearnersdictionaries.com.

著作。尽管如此，如上所述，虽然作者的声望可能是有益的质量指标，但还应强调，归根究底，更加重要的是著作的质量。

(16) 如果学说的含义现已明确(似乎确实如此)，还需回答的问题涉及它的范围。这个问题更具挑战性。学说无论从其常见含义还是同义词来说，都显然是一个宽泛的类别。它的含义涵盖文字著作和讲座。一个人听到“学说”一词时，会立刻想到这层含义，但不需要如此狭隘地理解这个词。事实上，考虑到技术进步带来的可能性，最好更广义地理解这个词。确实，委员会在其先前的工作成果中已确定，“学说”或“著作”都应作广义理解。⁵¹ 委员会还认为，这个类别包括“非书面形式的学说，如讲座和视听材料”。⁵² 因此，可以得出结论认为，学说包括著作或理论、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。

(17) 学说将包括学者个人的著作，特别是这些学者或理论的一致观点，这一点得到了第三十八条第一款(卯)项起草历史的确认。在起草本条规定的过程中，曾使用“一致观点”一语。即使假设学术共识是有可能达成的，学者的一致观点也不要求达成学术共识。不过，在审查具有多样性和代表性的学术著作后，若能够明显看出存在总体趋势，这种趋势总体上可能是这些观点大概率正确的可靠指标。若普遍观点与所涉作者独立客观评估的结果一致，情况更是如此。学说还包括国际法学会和国际法协会等私营专家机构的工作成果。国家授权甚至国家创建的机构如国际法委员会所编写的案文应区别于“国际法专家的学说”。其案文是在官方机构的支持下编写的，可能反映了国家和/或国家代表对委员会工作的参与。因此，它们不同于“国际法专家的学说”。⁵³ 委员会将在今后的结论草案中详细阐述这一问题。

(c)分段——一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段

(18) 现在来看结论草案 2(c)分段，其中规定了第三类辅助手段，指出确定国际法规则的辅助手段包括“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”。虽然在实践和文献中有很多候选者可纳入“任何其他手段”类别，但最关键的包括专家机构的工作成果和国际组织的决议/决定，在此别处已有解释。⁵⁴ 这些候选者将在今后的结论中加以审查。

(19) 委员会审议了(c)分段的其他备选案文，包括制定辅助手段的示意性清单，或留下空白，以表示未来将纳入案文。关于示例清单，有人认为，应明确提及专家机构的工作成果和国际组织的决议或决定。委员会经过全面审议，在考虑到各种立场后，决定采用“一般用于协助确定国际法规则的任何其他手段”这一笼统提法。委员会认为这一提法足够宽泛，为在今后的结论草案及其评注中进一步阐

⁵¹ 关于习惯国际法的识别的结论之结论 14 评注第(1)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页；以及秘书处关于“使习惯国际法的证据更易于查考的方法和手段”的备忘录(A/CN.4/710/Rev.1)。

⁵² 同上。另见特别报告员迈克尔·伍德关于习惯国际法的识别的第三次报告(A/CN.4/682)，第五章，以及起草委员会主席关于习惯国际法的识别的发言，第 15 页，可查阅 https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml#dcommrep。

⁵³ S. T. Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), pp. 38-39.

⁵⁴ 在这方面，见 A/CN.4/760 第九章中关于其他辅助手段的详细讨论。

述其内容留下空间。有人明确提到，需要有关于其他辅助手段的单独结论草案，以澄清“任何其他辅助手段”的范围包括国际组织的特定决议/决定和各国所设专家机构的工作成果，纳入这些结论草案的提议都得到了广泛支持。这种做法也与委员会在 2018 年以来完成的几个专题中所采用的做法一致。

(20) 具体而言，应指出的是，国际组织的决议/决定和专家机构的工作成果已经受到委员会的审查，特别是在委员会近期关于下列专题的工作中：“习惯国际法的识别”(关于法院和法庭的判决的结论 13 和关于学说的结论 14)；与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践(关于在缔约国大会框架内通过的决定的结论 11 和关于专家条约机构的声明的结论 13)；“一般法律原则”(关于法院和法庭的判决的结论草案 8 和关于学说的结论草案 9)⁵⁵；以及“一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果”(关于确定一般国际法规范强制性的辅助手段的结论 9——其中涉及司法决定、学说和专家机构的工作成果——和关于与一般国际法强制性规范(强行法)抵触的国际组织决议、决定或其他行为所创设的义务的结论 16)。⁵⁶然而，有必要在本结论草案的背景下，进一步阐述它们作为确定国际法规则的辅助手段的具体贡献。

(21) 委员会维持第三类的开放性，是为了保留随着工作推进本结论草案涵盖其他辅助手段的可能性，这些辅助手段现在可能尚未广泛使用，或已经在使用但被关于本专题的工作遗漏。不过，委员会确实认为，为谨慎起见，应加入限定词“一般”，以表示需要满足一定标准，或在实践中的使用需要达到一定水平。其目的是明确指出，并非任何辅助手段都满足标准。需要是一般使用包括法院和法庭一般使用的辅助手段。具体而言，使用“一般”一词表明，被某个法院或法庭单次用作辅助手段的某一材料不会自动成为一般意义上的辅助手段。这也是为了表明，虽然可能在某些区域实践中使用了特定辅助手段，但它们需要被国际社会更广泛接受为确定国际法规则的辅助手段。在一些情况下，在一般惯例中广泛使用的某些辅助手段得益于国家和/或国际组织及其机构的认可。

(22) 最后，(c)分段提到辅助手段的作用，即“协助”确定国际法规则。这就带来了关于学说起到什么作用的问题，就像“一般法律原则”专题一样，这一问题将在今后的一条结论草案中阐述。⁵⁷虽然这本身不是作用条款，但在现阶段采用“协助”一词，是为了进行铺垫，便于以后阐述可能有助于识别其他辅助手段的潜在候选者和强调其辅助作用的一些要素。

结论 3

确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准

在评估确定国际法规则的辅助手段的分量时，除其他外，应当考虑到：

- (a) 其代表性的程度；
- (b) 论证的质量；
- (c) 有关人员的专门知识；

⁵⁵ 载于本报告第四章。

⁵⁶ [A/77/10](#), 第 43 段。

⁵⁷ 结论草案 9, 载于本报告第四章。

- (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。

评注

(1) 结论草案 3 涉及确定国际法规则的辅助手段的一般评估标准，力求为评估这些手段的分量提供指引。

结论草案 3 前导句

(2) 结论草案 3 的前导句规定，在评估确定国际法规则的辅助手段的分量时，应考虑到各种因素。不同的辅助手段将具有不同程度的“分量”或“权威”。不同法律体系之间可能也有差异，即同一辅助手段在不同背景下可能具有不同的分量。例如，一个国际性法院或法庭的决定通常对该法院或法庭非常重要，但另一个法院或法庭可能认为没那么重要，可能会优先考虑自身的决定。

(3) 这六项标准作为一般因素，用于确定已经被认为属于结论草案 2 所述辅助手段类别之一的材料应获得的相对分量。这些标准不用于确定某一材料是否应视为本结论草案总体意义上的辅助手段。这一点在前导句中已经明确。因此，本条结论草案所列因素(委员会在先前工作中已有解释)是可能有助于评估辅助手段分量的因素，这些因素的使用将取决于具体情况。本条结论草案在各分段中列出了标准，以提升可读性，帮助澄清并非所有因素都适用于所有类别的辅助手段。相反，哪些因素具有相关性，具有多大的相关性，将取决于所涉辅助手段本身和具体情况。不过，委员会中有人认为，在本专题的现阶段，支持这些标准的实践不充分，或列举这些因素有被视为一项理论研究的风险。

(4) 结论草案 3 前导句中的“除其他外，应当考虑到”一语确认了该规则的适用性。有两点值得强调。第一，使用“应当”一词表明，不强制参考这些标准，虽然在很多情况下，这样做明显是可取的。意在表明后文无意成为硬性规定，也无意确立使用特定辅助手段的义务。第二，使用“除其他外”一词也是为了表明，所列标准包含可能最经常遇到、可作为有益指导的标准，但只作示例，并非详尽无遗。

(a)分段——其代表性的程度

(5) (a)分段提到用作辅助手段的材料代表性的程度。但是，这一标准应灵活适用，因为本专题涉及使用辅助手段确定所有国际法规则，而非只是一般国际法规则。⁵⁸ 因此，如果审议中的国际法规则具有双边性或区域性，所评估的辅助手段在各地区或法律体系中的代表性程度并非十分相关。相反，重点将放在用于协助确定所涉规则的辅助手段的内容和专业程度上：这正是灵活适用结论草案 3 所述标准的例子。

⁵⁸ 这些是委员会其他工作的重点，如关于习惯国际法的确定和一般法律原则专题的工作。

(b)分段——论证的质量

(6) (b)分段提及论证的质量。委员会认为，就学说而言，论证的质量应高于作者的声望。同时，这一标准本身具有主观性，不一定适用于所有辅助手段。例如，一方面，评估司法决定或专家机构声明的论证质量可能是有益的。另一方面，在评估某些辅助手段如联合国大会通过的决议或决定时，论证的质量可能不太相关。

(c)分段——有关人员的专门知识

(7) (c)分段提及有关人员的专门知识水平。委员会认为，与(b)分段类似，这一标准指有关人员在所涉主题上的职业背景和资历，应通过若干方式展现出在该主题上的专门知识，而非关注某个作者或行为体的声望或学术头衔。⁵⁹ 委员会在关于习惯国际法的识别的结论中，也提及参与起草案文的个人的专门知识，认为这个因素会影响到“参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果”的“价值”。⁶⁰ 这一点在委员会先前的工作中也有提到，并在国际法院法官适用国际法专家的学说时得到考虑。

(d)分段——有关人员之间的一致程度

(8) (d)分段提及有关人员之间的一致程度。这一标准指在作出决定时或在案文作者之间达成的内部共识。同样，这一标准需要灵活适用。因此，评估一致程度可能最适宜在考虑学说时进行，学者之间在某一法律问题上的一致程度很重要。委员会在关于习惯国际法的识别的结论中提到“在机构内部获得的支持”，认为这个因素会影响到“参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果”的“价值”。⁶¹ 国际法院法官似乎认为这会影响到他们给予国际法专家学说的分量。⁶² 一项司法决定背后的一致程度可能影响其分量。至于其他辅助手段，国际组织的决议一般以国家表决支持、反对或弃权的方式通过。反对票或弃权票较少的决议，甚至是未经表决通过的决议，应获得相对更大的分量。如果赞同方代表不同地理区域或文化，较高的一致程度可能具有尤其重要的意义。⁶³ 与此同时，应当指出，即便参与编写某一工作成果或作出某一决定的人达成了一定程度的共识，其成果仍可能受到外部批评。该领域内其他人的反应和意见也可表明某一辅助手段受到多大程度的好评，或是否受到好评。

(e)分段——各国和其他实体的接受情况

(9) (e)分段述及一项外部因素：各国和其他实体的接受情况。换言之，这项外部因素是决定作出后的反应：“各国和其他各方的认可程度”，即有关机构外部

⁵⁹ 另见上文结论草案 2 评注第(6)段。

⁶⁰ 关于习惯国际法的识别的结论之结论 14 评注第(5)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 110 页。

⁶¹ 同上。

⁶² Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, pp. 120-123.

⁶³ 同上。

的认可程度(这在委员会关于习惯国际法的识别的结论中也有提及)。⁶⁴ 委员会指出, 其工作成果“应得到特殊考虑”, 一部分原因是它“与大会和各国的紧密联系”, 但其价值“最重要的是取决于各国对其工作成果的接受程度”。⁶⁵ 类似的逻辑也适用于此。

(f)分段——在适用的情况下, 赋予该机构的任务

(10) 最后, (f)分段指, 作出受评估决定的机构的任务授权很重要。开头纳入限定词“在适用的情况下”, 旨在明确这里所指的情况是受评估的辅助手段来自承担官方或政府间任务的机构, 如人权条约组织或特定专家机构, 包括委员会。委员会在先前关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的工作中, 将这类机构描述为“各国和国际组织设立的机构”, 并进一步澄清说, 它们包括此类机构设立的机关及其附属机构。⁶⁶

(11) 这一标准本身并无意适用于法院和法庭的工作成果, 尽管也可以评估某一法院的某一决定是否符合其任务, 如果符合, 是否给予其意见更大的分量: 例如, 因为它是对这些问题有专业能力的专业法庭, 如国际海洋法法庭关于海洋法的决定; 国际刑事法院关于国际刑法事宜的决定; 或世界贸易组织争端解决机构关于国际经济法事宜的决定。无论如何, 这一标准不一定意在适用于纯私营机构如国际法学会或国际法协会的工作成果。然而, 这不意味着“没有政府间任务授权的专家机构的工作成果无关紧要”。⁶⁷ 这只是为了表明, 这些工作成果受到的对待必然不同于各国或国际组织所设机构的工作成果。

(12) 委员会在先前的工作成果中提到了“任务授权”, 认为这个因素会影响到“参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果”的“价值”。⁶⁸ 普遍性和区域性编纂机构若由各国设立并与各国互动, 其工作成果将具有相关性。委员会在同一工作成果中表示, 委员会自身的工作成果“应得到特殊考虑”, 一部分原因是其“独特的任务”。⁶⁹ 辅助手段往往由已经获各国任务授权的组织产生。完全属于任务授权范围内的辅助手段可能具有比范围外的辅助手段更大的分量。一些机构获得了一般性任务授权, 如委员会, 它有权发展和编纂“国际法”, 包括公法和私法。⁷⁰ 联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)也获得了与国际私法事务有关的专门任务授权。其他机构的任务授权可能范围更狭窄、更专业化。国际

⁶⁴ 关于习惯国际法的识别的结论之结论 14 评注第(5)段, 《2018 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 66 段, 见第 110 页。

⁶⁵ 第五部分评注第(2)段, 同上, 第 104-105 页。

⁶⁶ 见关于一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的结论草案之结论草案 9 第 2 段及其评注第(8)段, [A/77/10](#), 第 44 段, 见第 46 页。

⁶⁷ 第(8)段, 同上。

⁶⁸ 关于习惯国际法的识别的结论之结论 14 评注第(5)段, 《2018 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 66 段, 见第 110 页。

⁶⁹ 第五部分评注第(2)段, 同上, 第 104-105 页。

⁷⁰ 《国际法委员会章程》, 1947 年, 第一条第一款。

法院在迪亚洛案中指出，“它应赋予人权事务委员会通过的解释较大分量”⁷¹，因为这在委员会的狭窄任务范围内，这支持了上述观点。相比之下，在消除种族歧视委员会案中，法院“认真审议了委员会采取的立场”，但没有遵循这一立场。⁷² 无论如何，这些由各国设立、组成和供资的机构将需要单独予以考虑。它们的工作成果以及在实践中发现的其他辅助手段将在本专题今后的工作中进一步加以分析，并就其编写具体的结论草案。

⁷¹ 法院解释说，“尽管法院在行使司法职能时绝无义务参照委员会的观点来解释《公约》，它认为应赋予为监督该条约适用情况而专门成立的该独立机构通过的解释较大分量。这里的重点是确保国际法具有必要的明确性和重要的一致性，以及法律安全性，这是享有保障权利的个人和需要遵守条约义务的国家都有权获得的。”在同一案件中，法院提到了非洲人权和民族权委员会、欧洲人权法院和美洲人权法院对特定区域人权条款的解释。关于对侵犯人权行为的赔偿问题，法院还认真考虑了各国际性法院、法庭和委员会的实践。见艾哈迈杜·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页起，见第664页，第66-68段。

⁷² 《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。