



国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和

7月4日至8月12日，日内瓦

习惯国际法的识别

就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和  
法庭的案例法方面发挥的作用

秘书处的备忘录

目录

	页次
一. 导言 .....	2
二. 《国际法院规约》第三十八条第一项.....	4
三. 常设国际法院 .....	7
四. 国际法院 .....	8
五. 国际海洋法法庭 .....	17
六. 世界贸易组织上诉机构 .....	18
七. 前南斯拉夫问题国际法庭 .....	19
八. 卢旺达问题国际刑事法庭 .....	26
九. 国际刑事法院 .....	29
十. 一般性意见 .....	30



## 一. 引言

1. 在 2011 年第六十三届会议上，国际法委员会决定将“习惯国际法的形成与证据”专题纳入其长期工作方案，<sup>1</sup> 在 2012 年第六十四届会议上，委员会将该专题列入其当时的工作方案。<sup>2</sup> 委员会在 2013 年第六十五届会议上，决定将专题更名为“习惯国际法的识别”。<sup>3</sup> 在 2015 年委员会第六十七届会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会有关“习惯国际法的识别”的报告，其中载有起草委员会在委员会第六十六届和第六十七届会议上暂时通过的结论草案 1 至 16[15]。<sup>4</sup> 委员会表示注意到这些结论草案。<sup>5</sup>

2. 在 2015 年第六十七届会议上，委员会还请秘书处就确定习惯国际法而言起草关于国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的案例法方面发挥作用的备忘录。<sup>6</sup> 本备忘录就是为完成这项要求编写的。

3. 本备忘录的范围仅限于“普遍性的国际法院和法庭”的案例法。在理解“普遍性”时，不应该认为该词是指各国已普遍加入所涉司法机关的基本文书，而是这些文书是向全球成员开放的；因此，所涉司法机关有可能在全球行使其属事管辖。<sup>7</sup> 本备忘录根据这一依据审查了国际刑事法院，而没有审查区域法院和法庭。同样，联合国与某一受影响国谈判设立的混合刑事法院也未列入本备忘录。本备忘录列入了前南斯拉夫问题国际法庭和卢旺达问题国际法庭，因为这两个法庭是根据联合国安全理事会的决定作为附属机构设立的；根据《宪章》第二十五条，联合国所有会员国同意接受并履行这些决定。因此，就本备忘录而言，上述两个法庭被视为具有“普遍性”，而无论其属时、属地和属人管辖权为何。此外，考虑到仲裁法庭的特设性质，本备忘录没有系统分析仲裁裁决。出于同样原因，本文的分析未列入根据《世界贸易组织(世贸组织)关于争端解决规则与程序的谅解》由小组成员发布的报告和仲裁员所作裁决。

4. 在本备忘录中，“国家法院”一词与“国内法院”和“境内法院”可以互换使用，其中包括根据国内法令行使职能的所有司法机关，而无论其在法律制度中的地位为

<sup>1</sup> 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 365 至 367 段。大会 2012 年 12 月 9 日第 66/98 号决议表示注意到该专题列入委员会长期工作方案。

<sup>2</sup> 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 268 段。

<sup>3</sup> 同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 65 段。

<sup>4</sup> A/CN.4/L.869 号文件。起草委员会主席的声明可查阅委员会网站：<http://legal.un.org/ilc>。

<sup>5</sup> 《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 60 段。

<sup>6</sup> 同上，第 61 段。

<sup>7</sup> 在关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案第 1 条评注中，国际法委员会指出，“国际组织是否具有普遍性的问题不仅取决于其成员的实际性质，还取决于其成员和职责的潜在范围。”《1971 年……年鉴》第二卷(第一部分)，第 285 页。

何。本备忘录仅为识别习惯国际法规则目的谈及国家法院判决的作用。国际法院和法庭可能在其他情况下或者为其他目的提及此类司法判决，这不在本备忘录考虑范围之内。正如常设国际法院指出的那样，“从国际法及其机关，即法院的角度而言，国内法与法律裁决或行政措施一样，仅仅是表达国家意志和构成国家活动的事实”。<sup>8</sup> 因此，可以通过审议某项国家司法判决，来更好地了解所裁决争议的基本事实；<sup>9</sup> 甚至是将其作为构成争端对象的被控国际不法行为予以审议。<sup>10</sup> 国家法院的判决可能在程序方面也不一致，例如以行使外交保护为由就求偿的可受理性作出的裁决，这需要耗尽当地救济方法。<sup>11</sup> 此外，国家司法判决可能因为它是根据 1969 年《维也纳条约法公约》第三十一条第三(b)款规定在条约适用方面的国家惯例而具有相关性，<sup>12</sup> 或者这些判决可被用作该国如何理解其自身条约义务的证据。<sup>13</sup> 一项国家司法判决还可能在识别一般法律原则方面具有相关性。<sup>14</sup> 最后，可以为了阐明既定的法律或程序原则援引国家法院判决，而对该判决在国际法本身中的价值不产生直接影响。<sup>15</sup>

<sup>8</sup> 《波兰上西里西亚的某些德国利益(德国诉波兰)，1926 年判决，常设国际法院汇编(A)》第 7 号，第 19 页。

<sup>9</sup> 例如见《国际工商业投资公司(瑞士诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，1959 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 27 页；《西西里电子公司(美利坚合众国诉意大利)，判决，1989 年国际法院案例汇编》，第 15 页；《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，1999 年国际法院案例汇编》，第 62 页；《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳/纳米比亚)，判决，1999 年，国际法院案例汇编》，第 1045 页，见第 1066 页，第 33 段；《拉格朗(德国诉美利坚合众国)，判决，2001 年国际法院案例汇编》，第 466 页；《阿韦纳和其他墨西哥国民(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，见第 61 页，第 127 段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)，国际法院，2015 年 2 月 3 日判决》，第 238、333 和 343 段，可查阅：<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>。

<sup>10</sup> 例如，见《法国国内若干刑事诉讼程序(刚果共和国诉法国)，临时措施，命令，2003 年国际法院案例汇编》，第 102 页；《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 113-116 页，第 27-36 段，见第 145-146 页，第 109 段。

<sup>11</sup> 见《外交保护条款》第十四条。《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 49 段。另见最近《哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步反对意见，判决，2007 年国际法院案例汇编》，第 582 页。

<sup>12</sup> 联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。另见委员会就“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”专题临时通过的第 6 条结论草案的评注(《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 76 段)。

<sup>13</sup> 《检察官诉 Radislav Krstić，判决》，案件编号：IT-98-33-A.A.Ch.，2004 年 4 月 19 日，第 141 段；《在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004 年国际法院案例汇编》，第 136 页，见第 176-177 页，第 100 段。

<sup>14</sup> 例如见《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)，判决，2003 年国际法院案例汇编》，第 161 页，见第 354-358 页(Simma 法官的单独意见)。

<sup>15</sup> 另见《尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)，案情实质，判决，1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 171 页(Lachs 法官的单独意见)；《格陵兰和扬马延间区域海洋划界(丹麦诉挪威)，判决，1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页，见第 205 页(Shahabuddeen 法官单独意见)，见第 220 页(Weeramantry 法官单独意见)。

5. 本备忘录仅涉及在适用或提及习惯国际法的国际法院和法庭判决中，明确援引国家法院判决的情况。国际法院和法庭在其审议过程中，很可能在考虑国家法院的判决之后，要么置之不理，要么借用其推理，但在判决的最后案文中不予援引。但是，这种对国家司法判决的使用本身无法量化。此外，即便是明确援引判决，也需要谨慎评估援引本身及其目的，并为此考虑到判决的上下文及其推论依据。因此，在考虑这些判决时，有必要与国际法院和法庭在同一场合提及的立法、条约规定或学术著作等其他证据一起审议。

6. 本备忘录首先审查了《国际法院规约》第三十八条第一项的筹备工作(见下文第二节)。然后，本备忘录分析了以下机构的相关判决：常设国际法院(下文第三节)；国际法院(下文第四节)；国际海洋法法庭(下文第五节)；《世界贸易组织(世贸组织)上诉机构关于争端解决规则与程序的谅解》第十七条设立的上诉机构(下文第六节)；起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭(前南问题国际法庭)(下文第七节)；起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭(卢旺达问题国际刑事法庭)(下文第八节)；国际刑事法院(下文第九节)。在每一节中，对最相关结果的讨论采用了意见以及相应的注释性说明的形式。最后一节(下文第十节)载有整个分析得出的一般性意见。

## 二. 《国际法院规约》第三十八条第一项

7. 本节概述了按照《国际法院规约》第三十八条第一项的构想，国家法院判例在确定习惯国际法方面的作用。该条有关国际法渊源的列举被视为具有权威性，其内容如下：

法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

(子) 不论普通或特别国际协议，确立诉讼当事国明白承认之规条者。

(丑) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。

(寅) 一般法律原则为文明各国所承认者。

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

### 意见 1

就确定《国际法院规约》第三十八条第一项(丑)款规定的习惯国际法规则的存在及其内容而言，国家法院的判决可构成国家惯例或接受为法律(法律确信)的证据形式。

8. 国家法院是国家机构，因此，其判决对于确定被接受为法律(法律确信)的一般惯例而言具有相关性。从国际法的角度来看，所有国家法院和法庭均为国家机

构，因此，任何司法判决原则上可能都与识别习惯规则有关。国际法院和法庭广泛地援引国家法院判决是常见做法。例如，在诺特博姆案中，国际法院在确定就外交保护而言，哪些习惯国际法规则适用于通过归化取得国籍对第三国的可适用性时，提及了“……面临类似情况的第三国法院”的惯例。<sup>16</sup> 此外，在管辖豁免案中，国际法院在评估国家惯例以及接受为法律(法律确信)时提及了国家法院判决。<sup>17</sup> 同样，在塔迪奇案中，前南问题国际法庭上诉分庭泛泛提及了“国家案例法”，作为习惯国际法形成的证据。<sup>18</sup>

## 意见 2

《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款规定，司法判例是确定习惯国际法的补助资料。

## 意见 3

《国际法院规约》未规定“司法判例”的定义，也未澄清该用语是否既包括国家法院和法庭判例，又包括国际法院和法庭判例。

9. 根据《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款，“司法判例”是“确定法律原则之补助资料者”。所涉原则是(子)款至(寅)款所载渊源形成的原则，其中包括国际习惯。

10. 除了增加“对于陈述各项争端，应依国际法裁判之”的措辞外，《国际法院规约》第三十八条的案文与其前身——常设国际法院《规约》的相应条款相同。《规约》的起草计划是国际联盟行政院 1920 年任命的一个法学家咨询委员会拟订的，其任务是就设立今后的常设国际法院提交一份报告。虽然在第一阶段讨论期间，一些建议草案只是明确提及了国际判决，但不知出于何种原因，最后的案文没有包括这类明示限制。

11. 事实上，1920 年的法学家咨询委员会成员提出的几项建议明确限定于国际司法判决，或者今后法院自身的判决；法学家咨询委员会主席 Edouard Descamps 男爵提出初步建议，明确提及“作为法律适用和发展手段的国际判决”。<sup>19</sup> 在其关于将由法院适用的法律原则的发言中，Descamps 先生也提及了国际判决。<sup>20</sup> 在

<sup>16</sup> 《诺特博姆案(列支敦士登诉危地马拉)，第二阶段，判决，1955 年国际法院判例汇编》，第 4 页，见第 22 页(一般见第 21-23 页)。

<sup>17</sup> 《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页，见第 123 页，第 55 段(提及国家惯例)，见第 135 页，第 77 段(提及法律确信)。

<sup>18</sup> 《检察官诉杜斯科·塔迪奇，判决书》，案件编号：IT-94-1-A,A.Ch.，1999 年 7 月 15 日，第 292 段。

<sup>19</sup> 常设国际法院法学家咨询委员会，《委员会议事录：1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日，附件》(海牙：Van Langenhuysen Frères, 1920 年)，附件 3，第 306 页。

<sup>20</sup> 同上，第 322 页(“在我看来，不允许法官利用现有国际判例作为确定万国法的资料，就等于剥夺了他们最宝贵的资源之一。”)。

随后的讨论中，委员会一些成员对将司法判决和理论纳入第三十八条提出保留意见。<sup>21</sup> 至于随后开展的辩论，议事录仅显示，“主席 M. de Lapradelle 和 Lord Phillimore 继续开展了讨论，讨论结果是第 4 点的措辞如下：‘司法判例及各国权威最高之学者理论的权威性’”。<sup>22</sup>

12. 国际联盟行政院随后的讨论几乎未对此做进一步的澄清。联盟第一届大会第三委员会任命的相关小组委员会在回应阿根廷提案的声明中指出，第三十八条提及司法判例是为了便利法院利用其判例法来推动国际法发展。<sup>23</sup> 但是，没有关于国家法院作用讨论的任何记录。

13. 可以发现，从 19 世纪末至《国际法院规约》于 1945 年获得通过，仲裁法庭有时提及国家法院判决，将其作为确定习惯国际法规则的补助资料。<sup>24</sup>

14. 在通过《国际法院规约》时，负责拟订《规约》草案的联合国法学家委员会曾表示如下观点，即“在委员会可支配的时间内，难以提出更好的草案”；鉴于“法院根据第三十八条的规定，运转极佳”，“不应该花时间改写”。<sup>25</sup> 智利建议，

<sup>21</sup> 例如，见第 334 页(M. Ricci-Busatti 指出，“将其置于与法律正面规则同等水平是不可接受的”)，附件 4，第 351 页(载有一项拟议修正，将“补助资料者”以如下方式纳入该条款：“法院应考虑它在类似案件中作出的司法判决，以及各国权威最高学者的意见，作为适用和发展法律的资料。”)。

<sup>22</sup> 同上，第 337 页。

<sup>23</sup> 国际联盟，“关于国际联盟根据《公约》第十四条采取的行动以及大会通过《常设法院规约》的文件”，1921 年，第 211 页，可查阅：[www.icj-cij.org/pcij/serie\\_D/D\\_documents\\_conseil\\_de\\_la\\_societe\\_des\\_nations.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf)。

<sup>24</sup> 仲裁法庭使用国家法院判决作为确定习惯国际法补助资料的例子包括：《美国和联合王国涉及 1854 年 6 月 5 日在华盛顿签署的扩大捕鱼权条约的争端，国际仲裁裁决汇编》，第二十八卷，第 73-106 页，见第 87-88 页；《Aroa 矿产公司案，英国-委内瑞拉委员会，联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 402-445 页，见第 413 和 436 页；《Kummerow, Otto Redler and Co., Fulda, Fischbach and Friedericy 案，德国-委内瑞拉混合索偿问题委员会，联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 369-402 页，见第 397 页；《美国电力和制造公司案(财产赔偿)，美国和委内瑞拉混合索偿问题委员会，联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 145-147 页，见第 146 页；《Jarvis 案，美国和委内瑞拉混合索偿问题委员会，联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 208-213 页，见第 212-213 页；《E. R. Kelley(美国诉墨西哥合众国)，一般索赔委员会(墨西哥合众国诉美利坚合众国)，联合国国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 608-615 页，见第 612-613 页；《转移货物案(希腊/大不列颠及北爱尔兰联合王国)，联合国国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 53-81 页，见第 79 页。一个特别值得注意的例子是美国和加拿大之间的特雷尔冶炼厂案，其中仲裁庭必须处理国际法可能未曾处理过的一个问题，其中明确讨论了在没有关于此事(特雷尔冶炼厂(美国/加拿大)的国际判决的情况下，联邦国家的国内司法判决是否可能成为识别习惯国际法的有效补助资料，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第 1905-1982 页，见第 1963-1964 页)。

<sup>25</sup> 联合国国际组织会议，“联合国法学家委员会第七次会议摘要”，G/30 号文件，1945 年 4 月 13 日，见《联合国国际组织会议文件》，第十四卷，第 162 页，见第 170-171 页。

增加“对于陈述各项争端，应依国际法裁判之”；除此之外，有关该条的讨论非常有限。<sup>26</sup>

### 三. 常设国际法院

#### 意见 4

常设国际法院案例法很少为确定习惯国际法的目的提及国家法院判决。

15. 常设国际法院案例法中出现援引国家法院判决的情况仅限于法院早期诉讼案件(汇编 A)。汇编 B 或汇编 A/B 中则未出现。鉴于法院主要处理条约法，人们认为，有必要诉诸习惯国际法的情况很少。在解释本节所载内容时，应该考虑到这一点；因为，很少援引国家法院判决可能更多反映的是法院极少求助于习惯国际法，而并不体现国家法院判决在识别习惯国际法方面的作用。

16. 国家法院判决发挥最突出作用的案件是荷花号案。<sup>27</sup> 当事一方的一个论点是，根据已发展出来的一项习惯规则，碰撞案件的刑事诉讼管辖权完全属于船旗国。<sup>28</sup> 在评价这一申诉时，常设国际法院提及了各方援引的几项国家法院判决，但最终因为这些判决不一致而将其相关性驳回。尚不清楚所提及的判决除了被视为识别习惯的国家惯例和法律确信的证据形式之外，是否被视为补助资料。可以注意到，法院使用了两要素的措辞，一方面审查了有关国家的“行为”，另一方面审查了其有关“该法律的概念”是否被“普遍接受”。<sup>29</sup> 不过，法院在提及国际司法判决的同时也提及了国家法院判决，可能显示法院也认为这些案件是补助资料。<sup>30</sup> 因此，除作为习惯规则要素的证据形式之外，国家司法判决能否构成确定国际法规则的补助资料这一问题有待最后确定。法院对此问题采取了谨慎做法，仅断定“因此，鉴于国家判决存在分歧，难以看出其中存在国际法限制性规

<sup>26</sup> 联合国国际组织会议，“第 IV/1 委员会第十九次会议摘要”，799 号文件，IV/1/63，1945 年 6 月 5 日，《联合国国际组织会议文件》，第十三卷，第 279 页，见第 285 页。此外，哥伦比亚要求会议记录中附上一份声明，强调它认为，第三十八条中提及的法律渊源“应该依次”查询，同上，第 287 页。另见联合国国际组织会议，“第 IV/1 委员会第十五次会议摘要”，193 号文件，IV/1/12，1945 年 5 月 10 日，《联合国国际组织会议文件》，第十三卷，第 162 页，见第 164 页。

<sup>27</sup> 《荷花号(法国诉土耳其)，1927 年 9 月 7 日第 9 号判决，常设国际法院汇编 A》，第 10 号。《1928 年常设国际法院案例汇编汇编 A》，第 10 号，见第 18-19 页。

<sup>28</sup> 同上，第 28-30 页。

<sup>29</sup> 同上，第 29 页。

<sup>30</sup> 同上，第 28 页(“就法院所了解的情况而言，没有国际法庭关于该事项的裁决；但援引了国家法院的某些判决。”)。

则的迹象”。<sup>31</sup> 法院在作出上述论断时，“并未停下来考虑，就确定是否存在国际法规则而言，国家法院判决有哪些价值”。<sup>32</sup>

17. 常设国际法院各法官的单独意见和反对意见更经常引用国家法院判决，一方面作为国家惯例或法律确信的证据形式，另一方面作为补助资料。例如，Altamira 法官在荷花号案中的反对意见将国家司法判决当作国家惯例。<sup>33</sup> 其他法官在确定习惯时，提及国家判决，将其作为补助资料；例如 Weiss 和 Finlay 法官在荷花号案中<sup>34</sup> 以及 Moore 法官在荷花号案和马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权案中既如此。<sup>35</sup> 这些例子显示，法院可能在审议过程中考虑了国家判决。

#### 四. 国际法院

18. 在国际法院自 1947 年 7 月 31 日至 2015 年 12 月 31 日发布的所有 667 项命令、判决和咨询意见中，其中 64 项明确讨论或适用了习惯国际法。<sup>36</sup> 这一记录

<sup>31</sup> 同上，第 29 页。

<sup>32</sup> 同上，第 28 页。

<sup>33</sup> 同上，Altamira 法官的反对意见，见第 96-99 页。

<sup>34</sup> 同上，第 47 页，Lord Finlay 的反对意见，见第 53-55 页，见第 57 页(尤其注意第 53-54 页：“对我而言，案件似乎原则上是明确的，但也有权威人士得出相同的结论。在 Franconia 案((R. v. Keyn, 1877, 2 Ex. Div. 63)中，有人为英王政府论辩说，英国法院对杀人案的起诉有管辖权，其依据正是我们目前审议的……显然，判决的依据是英国法院对所涉国际法的看法，但必须要适用的是国际法。此项裁决对本法院不具约束力，但必须将其视为重要判决，不能因为它仅触及了英国国内法的某一点而置之不理。”)。

<sup>35</sup> 同上，Moore 法官的反对意见，见 68-69 页，见第 71-83 页，见第 85-89 页(尤其注意第 74 页：“……国际法庭，无论是长期法庭还是临时法庭，在面对各独立国家的判决时，不应该认为某国法院有关国际法问题的判决对其他国家有约束力；但是，某国观点以司法形式表现出来，从而要重视此类判决时，国际法庭应该在可以认定这些判决与国际法(所有国家共同遵循的法律)一致时，才将国家判决当作权威判决。”)；《马夫罗马蒂斯在巴勒斯坦的特许权，判决，1924 年常设国际法院汇编(A)》，第 2 号，1924 年，Moore 法官的反对意见，见第 57 页。

<sup>36</sup> 《科孚海峡(大不列颠及北爱尔兰联合王国诉阿尔巴尼亚)，判决，1949 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 22 页，见第 28 页；《哥伦比亚-秘鲁庇护(哥伦比亚/秘鲁)，判决，1950 年国际法院案例汇编》，第 266 页，见第 274 页，见第 276-278 页；《关于〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的保留意见，咨询意见，1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 23-24 页；《渔业案(联合王国诉挪威)，判决，1951 年国际法院案例汇编》，第 116 页，见第 131 页，见第 139 页；《诺特博姆案(列支敦士登诉危地马拉)，初步反对意见，判决，1953 年国际法院案例汇编》，第 111 页，见第 119-120 页；《1943 年从罗马运走的货币黄金(意大利诉法国、联合王国和美国)，初步问题，判决，1954 年国际法院案例汇编》，第 19 页，见第 32 页；《诺特博姆案(列支敦士登诉危地马拉)，第二阶段，判决，1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页，见第 21-22 页；《国际工商业投资公司案(瑞士诉美利坚合众国)，初步反对意见，判决，1959 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 27 页；《印度境内通行权案(葡萄牙诉印度)，案情实质，判决，1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 39 页，见第 43-44 页；《北海大陆架(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 3 页，见第 28-46 页，第 37-82 页；《巴塞罗纳电车、电灯及电力有限公司(新诉请书：1962 年)(比利时诉西班牙)，第二阶段，



判决, 1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 46 页, 第 87-88 段; 《南非不顾安全理事会第 276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果, 咨询意见, 1971 年国际法院案例汇编》, 第 16 页, 见第 31 页, 第 52-53 段, 见第 46-47 页, 第 94 段, 见第 47-48 页, 第 96-97 段; 《渔业管辖权(德意志联邦共和国诉冰岛), 案情实质, 判决, 1974 年国际法院案例汇编》, 第 175 页, 见第 191-198 页, 第 41-60 段; 《渔业管辖权(联合王国诉爱尔兰), 案情实质, 判决, 1974 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 22-29 页, 第 49-68 段; 《西撒哈拉, 咨询意见, 1975 年国际法院案例汇编》, 第 12 页, 见第 31-33 页, 第 54-65 段; 《美国驻德黑兰外交和领事人员(美利坚合众国诉伊朗), 判决, 1980 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 24 页, 第 45 段, 见第 31 页, 第 62 段, 见第 40 页, 第 86 段; 《大陆架(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, 见第 45-49 页, 第 42-48 段; 《缅甸湾区域海洋边界划界案(加拿大/美利坚合众国), 判决, 1948 年国际法院案例汇编》, 第 246 页, 见第 289-295 页, 第 79-96 段, 见第 297-300 页, 第 106-114 段; 《大陆架(阿拉伯利比亚民众国/马耳他), 判决, 1985 年国际法院案例汇编》, 第 13 页, 见第 29-34 页, 第 26-34 段, 见第 38-40 页, 第 45-48 段, 见第 55-56 页, 第 77 段; 《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 判决, 1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 27 页, 第 34 段, 见第 92-115 页, 第 172-220 段, 见第 126 页, 第 245 至 247 段, 见第 133 页, 第 263-265 段; 《边界争端(布基纳法索/马里), 判决, 1986 年国际法院案例汇编》, 第 554 页, 见 564-568 页, 第 19-30 段; 《1947 年 6 月 26 日<联合国总部协定>第二十一节规定的仲裁义务的适用, 咨询意见, 1988 年国际法院案例汇编》, 第 12 页, 见第 34-35 页, 第 57 段; 《西西里电子公司(美利坚合众国诉意大利), 判决, 1989 年国际法院案例汇编》, 第 15 页, 见第 42-43 页, 第 50-51 段, 见第 66-67 页, 第 111 段; 《1989 年 7 月 31 日仲裁裁决(几内亚比绍诉塞内加尔), 判决, 1991 年国际法院案例汇编》, 第 53 页, 见第 68-70 页, 第 46-48 段; 《陆地、岛屿和海洋边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯, 尼加拉瓜参加), 判决, 1992 年国际法院案例汇编》, 第 351 页, 见第 386-388 页, 第 41-46 段; 《格陵兰和扬马延间区域海洋划界(丹麦诉挪威), 判决, 1993 年国际法院案例汇编》, 第 38 页, 见第 58-59 页, 第 46-48 段, 见第 62-63 页, 第 55-56 段; 《领土争端案(阿拉伯利比亚民众国/乍得), 判决, 1994 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 21-22 页, 第 41 段; 《卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题, 管辖权和可受理性, 判决, 1994 年国际法院案例汇编》, 第 112 页, 见第 125-126 页, 第 40 段; 《卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题, 管辖权和可受理性, 判决, 1995 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 18 页, 第 33 段; 《东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚), 判决, 1995 年国际法院判例汇编》, 第 90 页, 见第 102 页, 第 29 段; 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 1996 年国际法院案例汇编》, 第 226 页, 见第 240 页, 第 26 段, 见第 245 页, 第 41-42 段, 见第 247 页, 第 52 段, 见第 253-263 页, 第 64-97 段; 《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国), 初步反对意见, 判决, 1996 年国际法院案例汇编》, 第 803 页, 见第 812 页, 第 23 段; 《加布奇科夫-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克), 判决, 1997 年国际法院案例汇编》, 第 7 页, 见第 39 页, 第 46 段, 见第 40-41 页, 第 51 段, 见第 64-65 页, 第 104 段, 见第 66-67 页, 第 109-110 段, 见第 71-72 页, 第 123 段, 见第 81 页, 第 152 段; 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议, 咨询意见, 1999 年国际法院案例汇编》, 第 62 页, 见第 87-88 页, 第 62 段; 《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚), 判决, 1999 年国际法院案例汇编》, 第 1029 页, 见第 1059 页, 第 18 段; 《卡塔尔和巴林间海洋划界和领土问题(卡塔尔诉巴林), 案情实质, 判决, 2001 年国际法院案例汇编》, 第 40 页, 见第 91 页, 第 167 段, 见第 94 页, 第 174-176 段, 见第 97 页, 第 185 段, 见第 100-101 页, 第 201 段, 见第 101-102 页, 第 205 段, 见第 111 页, 第 229 段; 《拉格朗(德国诉美利坚合众国), 判决, 2001 年国际法院案例汇编》, 第 466 页, 见第 501-502 页, 第 99-101 段; 《2000 年 4 月 11 日的逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 20-25 页, 第 51-59 段; 《喀麦隆和尼日利亚间陆地和海洋疆界案(喀麦隆诉尼日利亚: 赤道几内亚参加), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 303 页, 见第 429 页, 第 263-264 段; 《白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属(印度尼西亚/马来西亚), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 625 页, 见 645-646 页, 第 37 段; 《法国某些刑事诉讼程序(刚果共和国诉法国), 临时措施, 命令, 2003 年国际法院案例汇编》, 第 102 页,

见第 111 页, 第 36 段;《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)》, 判决, 2003 年国际法院案例汇编》, 第 161 页, 见第 182-183 页, 第 41-43 段, 见第 186-187 页, 第 51 段, 见第 196-197 页, 第 74 段, 见第 198 页, 第 76 段;《阿韦纳和其他墨西哥国民(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, 见第 48 页, 第 83 段, 见第 59 页, 第 119-120 段;《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见, 2004 年国际法院案例汇编》, 第 136 页, 见第 167 页, 第 78 段, 见第 171-172 页, 第 86-89 段, 见第 174 页, 第 94 段, 见第 182 页, 第 117 段, 见 194-195 页, 第 140 段, 见第 197-198 页, 第 150-152 段, 见第 199 页, 第 156-157 段;《边界争端(贝宁/尼日尔)》, 判决, 2005 年国际法院案例汇编》, 第 90 页, 见第 108-110 页, 第 23-27 段, 见第 120 页, 第 45-47 段;《刚果境内武装活动(刚果民主共和国诉乌干达)》, 判决, 2005 年国际法院案例汇编》, 第 168 页, 见第 226-227 页, 第 162-164 段, 见第 229-230 页, 第 172 段, 见第 242 页, 第 213-214 段, 见第 243 页, 第 217 段, 见第 244 页, 第 219 段, 见第 251 页, 第 244 段, 见第 256 页, 第 257 段, 见第 257 页, 第 259 段, 见第 275-276 页, 第 329 和 333 段;《刚果境内武装活动(新诉请书: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)》, 管辖权和可受理性, 判决, 2006 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 27 页, 第 46 段, 见第 31-33 页, 第 64-70 段, 见第 35 页, 第 78 段, 见第 51-52 页, 第 125 段;《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用(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, 见第 202-205 页, 第 385-395 段, 见第 207-211 页, 第 398-407 段, 见第 217 页, 第 419-420 段, 见第 232-234 页, 第 459-462 段;《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)》, 初步反对意见, 判决, 2007 年国际法院案例汇编》, 第 582 页, 见第 599 页, 第 39 和 42 段, 见第 606 页, 第 64 段, 见第 614-616 页, 第 86-94 段;《尼加拉瓜和洪都拉斯间加勒比海领土和海洋争端(尼加拉瓜诉洪都拉斯)》, 判决, 2007 年国际法院案例汇编》, 第 659 页, 见第 706 页, 第 151-154 段;《刑事事项互助的若干问题(吉布提诉法国)》, 判决, 2008 年国际法院案例汇编》, 第 177 页, 见第 219 页, 第 112 段, 见第 232 页, 第 153 段, 见第 238 页, 第 174 段;《关于航行和有关权利的争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》, 判决, 2009 年国际法院案例汇编》, 第 213 页, 见第 237 页, 第 47 段, 见第 265-266 页, 第 140-144 段;《乌拉圭河沿岸纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)》, 判决, 2010 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 46 页, 第 64-65 段, 见第 55 页, 第 101 段, 见第 60 页, 第 121 段, 见第 67 页, 第 145 段, 见第 83 页, 第 204 段;《科索沃单方面宣布独立是否符合国际法》, 咨询意见, 2010 年国际法院案例汇编》, 第 403 页, 见第 436-439 页, 第 79-84 段;《〈消除一切形式种族歧视国际公约〉的适用(格鲁吉亚诉俄罗斯联邦)》, 初步反对意见, 判决, 2011 年国际法院案例汇编》, 第 70 页, 见第 125 页, 第 131 和 133 段;《国家管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加)》, 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页, 见第 120 页, 第 50 段, 见第 122-135 页, 第 54-79 段, 见第 136-139 页, 第 83-91 段, 见第 140-142 页, 第 92-97 段, 见第 146-148 页, 第 113-118 段, 见第 153 页, 第 137 段;《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)》, 补偿, 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 324 页, 见第 331 页, 第 13 段;《与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)》, 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 422 页, 见第 445 页, 第 54 段, 见第 456 页, 第 97 段, 见第 457 页, 第 99 段, 见第 460 页, 第 113 段, 见第 461 页, 第 121 段;《领土和海洋争端(尼加拉瓜诉哥伦比亚)》, 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 624 页, 见第 645 页, 第 37 段, 见第 666 页, 第 114-118 段, 见第 673-674 页, 第 137-139 段, 见第 690 页, 第 177 段, 见第 693 页, 第 182 段, 见第 707 页, 第 227 段;《边界争端(布基纳法索/尼日尔)》, 判决, 2013 年国际法院案例汇编》, 第 44 页, 见第 73-74 页, 第 62-63 段;《哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)》, 尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 临时措施, 2013 年国际法院案例汇编》, 第 398 页, 见第 403-404 页, 第 19 段;《海事纠纷(秘鲁诉智利)》, 判决, 2014 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 28 页, 第 57 段, 见第 45-47 页, 第 112-117 段, 见第 65 页, 第 179 段;《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)》, 2015 年 2 月 3 日判决》, 可查阅 <http://www.icj-cij.org/>, 第 87-88、95、98、104-105、115、128-129 和 138 段;《尼加拉瓜在边界地区进行的某些活动(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)-哥斯达黎加沿圣胡安河修建道路案(尼加拉瓜诉哥斯达黎加)》, 2015 年 12 月 16 日判决》, 可查阅 <http://www.icj-cij.org/>, 第 101、104、106、118、153、157、168 和 174 段。

明确显示,随着时间的推移,法院对习惯国际法的审议和适用越来越多。与此形成对比的是,其前身很少讨论习惯国际法。

#### 意见 5

在习惯国际法的识别方面,国际法院偶尔提到国家法院的判决,以其作为国家惯例的证据,或在相对不太常见的情况下作为接受为法律(法律确信)的证据。

#### 意见 6

在国际法院提及国家法院的判决,以其作为国家惯例或接受为法律(法律确信)的证据时,往往结合习惯国际法的其他证据形式、如法案或条约规定。

19. 在国际法院讨论或适用习惯国际法的 64 项裁决中,有 13 项提及国内判决。<sup>37</sup> 在这些裁决中的 10 项裁决中,没有在习惯国际法的识别方面提及国内司法判决。<sup>38</sup> 在 3 起案件中,国内法院的判决被视为国家惯例的证据,或被视为接受为法律的(法律确信)的证据。<sup>39</sup>

20. 提及国家法院判决,以其作为接受为法律的形式(法律确信),这种做法是国际法院在“诺特鲍姆案”中第一次采用的,国际法院是在考虑整体的惯例和法律确信的情形下提及的,但没有提及具体判决。上述案例涉及到行使外交保护的要求,国际法院必须确定哪些习惯国际法规则适用于以归化方式获得国籍对第三国的可施用性。国际法院在这样做时,考虑了“第三国法院”的惯例,并认为这一

<sup>37</sup> 《渔业(联合王国诉挪威), 判决, 1951 年国际法院判例汇编》, 第 116 页, 见第 134 页; 《诺特博姆(列支敦士登诉危地马拉), 第二阶段, 判决, 1955 年国际法院判例汇编》, 第 4 页, 见第 22 页; 《国际工商业投资公司(瑞士诉美利坚合众国), 初步反对意见, 判决, 1959 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 18 页; 《西西里电子公司(美利坚合众国诉意大利), 判决, 1989 年国际法院案例汇编》, 第 15 页; 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议, 咨询意见, 1999 年国际法院案例汇编》, 第 62 页; 《卡西基里/塞杜杜岛(博茨瓦纳诉纳米比亚), 判决, 1999 年国际法院案例汇编》, 第 1029 页, 见第 1066 页, 第 33 段; 《拉格朗(德国诉美利坚合众国), 判决, 2001 年国际法院案例汇编》, 第 466 页, 见第 476 页, 第 18-19 段; 《2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 23-24 页, 第 56-58 段; 《法国国内的若干刑事诉讼程序(刚果民主共和国诉法国), 临时措施, 命令, 2003 年国际法院案例汇编》, 第 102 页; 《阿韦纳和其他墨西哥国民(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, 见第 61 页, 第 127 段; 《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见, 2004 年国际法院案例汇编》, 第 136 页, 见第 176-177 页, 第 100 段; 《科索沃单方面宣布独立是否符合国际法, 咨询意见, 2010 年国际法院案例汇编》, 第 404 页, 见第 425 页, 第 55 段; 《国家管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加), 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页, 见第 122-148 页, 第 55-120 段。

<sup>38</sup> 见上文第 4 段。

<sup>39</sup> 《诺特博姆(列支敦士登诉危地马拉), 第二阶段, 判决, 1955 年国际法院判例汇编》, 第 4 页, 见第 22 页; 《2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 23-24 页, 第 56-58 段; 《国家管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加), 判决, 2012 年国际法院案例汇编》, 第 99 页, 见第 123 页, 第 55 段, 见第 127 页, 第 64 段, 见第 131 页, 第 71 段, 见第 131-134 页, 第 72-77 段, 见第 148 页, 第 118 段。

形式和其他形式的国家惯例(如国内法律)“表明了这些国家的观点”。<sup>40</sup> 最近在关于国家管辖豁免的案件中也做过类似的提及, 国际法院提到“若干国家法院的判例”, 以确定法律确信的存在。<sup>41</sup>

21. 在评估国家惯例方面, 两起案件均提到国家法院的判决。在“逮捕证”一案中, 国际法院在讨论战争罪或危害人类罪方面是否存在豁免例外时, 回顾了当事方基于英国法院和法国法院判决的论点, 并指出:

国际法院仔细审查了国家惯例, 包括国家立法与国家高等法院、例如英国上院或法国最高上诉法院的那几项判决。它从这一惯例中一直无法推断, 根据习惯国际法, 让涉嫌犯有战争罪行或危害人类罪的现任外交部长免受刑事管辖和享有不可侵犯权的规则有任何形式的例外。<sup>42</sup>

值得注意的是, 在这方面, 国际法院强调了“国家高等法院”的判决为国家惯例。

22. 在“管辖豁免案”中, 国际法院必须确定国家豁免的某些例外情况是否已逐渐成为习惯国际法。国际法院在这样做的时候首先指出, 国家法院的判决与国际法院的任务相关:

在目前情况下, 具有特别重要意义的国家惯例将见: 面临他国是否享有豁免问题的国家法院的判决书、已颁布豁免法规的国家的立法、国家在他国法院提出的豁免申索、以及各国先是在国际法委员会广泛研究这一专题过程中以及其后在通过《联合国公约》背景下发表的声明。<sup>43</sup>

它接着提到在所谓的“领土过失例外”、<sup>44</sup> 武装部队行为的豁免、<sup>45</sup> 在严重违反武装冲突法情形中所称的豁免例外方面若干国家司法判决, 以其作为国家惯例。<sup>46</sup>

<sup>40</sup> 《诺特博姆(列支敦士登诉危地马拉), 第二阶段, 判决, 1955年国际法院判例汇编》, 第4页, 见第22页。

<sup>41</sup> 《国家管辖豁免案》(德国诉意大利: 希腊参加), 判决, 2012年国际法院案例汇编》, 第99页, 见第135页, 第77段。

<sup>42</sup> 《2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 2002年国际法院案例汇编》, 第3页, 见第23-24页, 第56-58段。

<sup>43</sup> 《国家管辖豁免(德国诉意大利: 希腊参加), 判决, 2012年国际法院案例汇编》, 第99页, 见第132页, 第55段。

<sup>44</sup> 同上, 第127页, 第64段。

<sup>45</sup> 同上, 第131-134页, 第72-77段。

<sup>46</sup> 同上, 第136-138页, 第83-88段。

### 意见 7

在国际法院的案例法中，国家法院的判决构成为专题领域中与国内法规定密切关联的、或需要国家法院执行的习惯国际法规则的相关形式证据。

23. 在以国家法院的判决作为国家惯例依据的国际法院的所有三项判决中，国家法院的判决因正在确定的习惯规则专题事项，对习惯国际法的识别特别相关：国籍问题主要受国内法管辖，国家和国家官员在国家法院受审时是否享有豁免属于国际法规则，而这一国际法规则按定义在国家法院适用。在“司法管辖豁免案”中，基思法官在其个别意见中说明了这一点：

我当然认识到，借鉴国家法院的判决在本法院及其前身的实践中是不寻常的。但是，正如本案的判决所表明的，国际法院使此类判决发挥了主要作用，而这是不无道理的。在这一法律领域，正是此类判决、以及所涉他国的反应或无反应，提供了国家惯例的许多实例。<sup>47</sup>

### 意见 8

国际法院从未明确排除国家法院司法判决可构成为其《规约》第三十八条第一项(卯)款所述“司法判决”的可能性。

### 意见 9

国际法院从未将国家法院判决作为确定《规约》第三十八条第一项(卯)款所述习惯国际法的辅助手段而加以明确提及。

24. 国际法院从未在摘要中宣告对其《规约》第三十八条第一项(卯)款所述司法判决的提及是否不包括国内法院的判决。在关于 1947 年 6 月 26 日《联合国总部协定》第二十一节规定的仲裁义务的适用的咨询意见中，国际法院依靠“司法判决”为辅助手段，支持其关于“国际法优先于国内法这一国际法基本原则”的研究结果，不过接着仅提及一项国际仲裁裁决及其前身的一项裁定，没有提到国家法院的判决。<sup>48</sup> 国际法院没有明确说明它在得出这项结论时为何没有提及国内法院的判决，有鉴于此，而且又特别鉴于个别法官以国内法院为参照，很难推断这种选择意味着国家法院的判决被普遍排除在其《规约》第三十八条第一项(卯)款所述范畴之外。

25. 在国际法院讨论或适用习惯国际法的 64 项判决中，国际法院从未在任何一项判决中明确依靠国家法院的判决作为确定《规约》第三十八条第一项(卯)款所述习惯国际法的辅助手段。需要考虑到下列背景情况对此加以评估，这就是国际

<sup>47</sup> 同上，第 162-164 页，第 4 段(基思法官的个别意见)。

<sup>48</sup> 《1947 年 6 月 26 日〈联合国总部协定〉第二十一节规定的仲裁义务的适用，咨询意见，1988 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 34-35 页，第 57 段。

法院除提到自身以前的裁定、其前身的裁决或仲裁裁决外，极少提到任何辅助手段。<sup>49</sup>

26. 不过，需要指出的是，国际法院在“管辖豁免案”中，似乎在一段话中作为识别习惯法的辅助手段提到国家法院的判决，并提到欧洲人权法院的判决等其他辅助手段。在讨论人道主义法规则的强制性性质是否使国家豁免的规则无从适用的问题时，国际法院认为，强制法与国家豁免之间并无冲突，因为有关豁免的程序性规则对行为合法与否并不产生影响，此类强制法地位也不会让没有管辖权的法院获得管辖权。<sup>50</sup> 它接着提及某些国内判决以及欧洲人权法院的判决，确认了自己的解释。<sup>51</sup> 不过，不清楚国际法院作为辅助手段还是作为国家惯例运用这些判决。随后提及立法形式的国家惯例，而且指出意大利法院是唯一采用某种解读的法院，可能表明这些案件也正在被国际法院用作确定习惯国际法方面的国家惯例，而不是用作辅助手段。

<sup>49</sup> 具体见《陆地、岛屿和海洋边界争端(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593-594页，第394段；《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，咨询意见，2004年国际法院案例汇编》，第136页，见第179页，第109段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(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47页，除其他外见第92页，第119段；同上，见第121页，第188段；同上，见第126页，第198段；《白礁、中岩礁和南礁的主权归属(马来西亚/新加坡)，判决，2008年国际法院案例汇编》，第69和93页，第176和263段；《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决，2010年国际法院案例汇编》，第639页，见第663页，第66段；《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(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，见第331页，第13段。

<sup>50</sup> 《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加)，判决，2012年国际法院案例汇编》，第140-141页，第92-95段。

<sup>51</sup> 同上，第141-142页，第96段：“此外，这一产生强制法取代国家豁免法效应的论点未获联合国国家法院接受(琼斯诉沙特阿拉伯，联合王国上议院，[2007] 1 AC 270；《国际法案例汇编》，第129卷，第629页，加拿大(Bouzari 诉伊朗伊斯兰共和国，安大略省上诉法院，DLR，第4号丛编，第243卷，第406页；《国际法案例汇编》，第128卷，第586页)，波兰(Natoniewski，最高法院，《波兰国际法年鉴》，第三十卷，2010年，第299页)，斯洛文尼亚(Up-13/99号案，斯洛文尼亚宪法法院)，新西兰(Fang 诉 Jiang，高等法院，[2007] NZAR，第420页；《国际法案例汇编》，第141卷，第702页)，希腊(Margellos，特别最高法院，《国际法案例汇编》，第129卷，第525页)以及由欧洲人权法院在“Al-Adsani 诉联合王国”案和“Kalogeropoulou 等人诉希腊和德国”案(上文第90段中讨论过)，每个案件均经过仔细审理。国际法院并不认为法国最高法院在2011年3月9日就“La Réunion a érienne 诉阿拉伯利比亚民众国”案(案件编号：09-14743，2011年3月9日，Bull. civ.，2011年3月，第49号，第49页)作出的判决支持不同的结论。法国最高法院在该案中仅指出，即便强制法规范可能对国家豁免构成正当的限制，不能以该案案情证明这一限制有正当理由。因此，作为本诉讼对象的意大利法院的判决是接受这一推理的仅有的国家法院判决，意大利这一部分的第二个论点即依据这一推理。此外，上文第70-71段所探讨的关于国家豁免的国家立法在指称违反强制法的案件中无一对豁免作出限制。”

27. 因此, 国际法院案例法中似乎还没有提及国家法院的判决、以其作为确定《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述习惯国际法规则的辅助手段的明确先例, 不过作为一个原则问题, 从未排除这一可能性。

#### 意见 10

国际法院的法官在个人意见中有时提到国家法院的判决, 既将其作为确定习惯国际法方面的国家惯例, 也将其作为这方面的辅助手段。

28. 在国际法院讨论或适用习惯国际法的 64 项裁决中, 法官在 20 项裁决中发表个人意见, 提到国家法院的判决。<sup>52</sup> 虽然其中一些提及超出本备忘录的范

<sup>52</sup> 《渔业案(联合王国诉挪威), 判决, 1951 年国际法院判例汇编》, 第 116 页, 见第 160-161 页(阿诺德·麦克奈尔爵士的反对意见); 《北海大陆架(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 3 页, 见第 107 页(福阿德·阿蒙法官的个别意见); 《美国驻德黑兰外交和领事人员(美利坚合众国诉伊朗), 判决, 1980 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 63 页(塔拉齐法官的反对意见); 《大陆架(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, 见第 175 页, 第 31 段(小田法官的反对意见); 《在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美利坚合众国), 判决, 1986 年国际法院案例汇编》, 第 14 页, 见第 171 页(拉克斯法官的个别意见); 《1947 年 6 月 26 日〈联合国总部协定〉第二十一节规定的仲裁义务的适用, 咨询意见, 1988 年国际法院案例汇编》, 第 12 页, 见第 60 页(沙哈布丁法官的个别意见); 《格陵兰和扬马延间区域海洋划界(丹麦诉挪威), 判决, 1993 年国际法院案例汇编》, 第 38 页, 见第 205 页(沙哈布丁法官的个别意见), 以及见第 220 页(威拉曼特里法官的个别意见); 《东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚), 判决, 1995 年国际法院案例汇编》, 第 90 页, 第 211-212 页(威拉曼特里法官的反对意见); 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性, 咨询意见, 1996 年国际法院案例汇编》, 第 226 页, 见第 292 页(纪尧姆法官的个别意见), 以及见第 400-402 页(沙哈布丁法官的反对意见), 见第 439 和 486 页(威拉曼特里法官的反对意见); 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议, 咨询意见, 1999 年国际法院案例汇编》, 第 62 页, 见第 94 页(威拉曼特里副院长的个别意见, 见第 92 页); 《2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决, 2002 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 40-42 页(纪尧姆院长的个别意见), 见第 69-70 页和第 88-89 页(希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见), 见第 125 页(布拉布拉专案法官的个别意见), 并见第 140、144、155-156、161、165-166、171-172 页(范登韦恩加尔特专案法官的反对意见); 《法国国内的若干刑事诉讼程序(刚果民主共和国诉法国), 临时措施, 命令, 2003 年国际法院案例汇编》, 第 102 页, 见第 123 页(德卡拉专案法官的反对意见); 《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国), 判决, 2003 年国际法院案例汇编》, 第 161 页, 见第 354-358 页(西马法官的个别意见); 《阿韦纳和其他墨西哥国民(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, 见第 110 页(Sepúlveda 专案法官的个别意见); 《在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果, 咨询意见, 2004 年国际法院案例汇编》, 第 136 页, 见第 229 页(科艾曼斯法官的个别意见), 并见第 236 页(哈苏奈法官的个别意见); 《刚果境内的武装活动(新诉请书: 2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达), 管辖权和可受理性, 判决, 2006 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 见第 88 页(杜加尔德专案法官的个别意见); 《〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的适用(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, 见第 391 页(马希乌专案法官的反对意见); 《航行权利和相关权利争端(哥斯达黎加诉尼加拉瓜), 判决, 2009 年国际法院案例汇编》, 第 214 页, 见第 293 页(纪尧姆专案法官的声明); 科索沃单方面宣布独立是否符合国际法, 见第 474 页(科罗马法官的反对意见), 并见第 623-624 页(优素福法官的个别意见); 《国家管辖豁免(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, 见第 162-164 页, 见第 171 页(基思法官的个别意见), 见第 215 和 234 页(坎卡多·特林达德法官的反对意见), 见第 304 页(优素福法官的反对意见), 并见第 313-321 页(加亚专案法官反对意见)。

围，<sup>53</sup>其他的提及则被用作识别习惯国际法方面的国家惯例的证据，或被用作这方面的辅助手段。

29. 使用国家法院的判决作为国家惯例证据的例子可见“逮捕证案”和“管辖豁免案”的判决所附的个人意见，法官在这些个人意见中像国际法院一样，以国家法院的判决作为国家惯例。<sup>54</sup>但在一些案件里，个别法官采用国家法院的案件来说明国家惯例，即便国际法院自身并没有明确这样做。例如，小田法官在其有关“大陆架案”的反对意见中，提及国内仲裁来解释联合王国的惯例，<sup>55</sup>威拉曼特里副院长在有关“关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议”的咨询意见中，提到国内法院的判例，以此作为有关豁免问题的国家惯例。<sup>56</sup>这些例子表明，国际法院本身尽管没有明确依靠这些国内案例，仍可能在审议进程中考虑了这些案例。

30. 个别法官还直接提及国家法院的判决，以其作为识别法律规则、包括习惯国际法方面的辅助手段。<sup>57</sup>沙哈布丁法官在关于“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”的咨询意见的反对意见中，明确提及国内司法判决，认为它们对确定《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述习惯国际法具有现实意义。他在反对意见中指出，必须将东京地区法院的裁决视为唯一可用的相关先例，这种先例“当然没有约束力……但算作《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款所述的司法判决；可对

<sup>53</sup> 见上文第4段。

<sup>54</sup> 《2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)》，见第40-42页(纪尧姆院长的个别意见)，见第69-70页和第88-89页(希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见)，见第125页(布拉布拉专案法官的个别意见)，并见第140、144、155-156、161、165-166、171-172页(范登韦恩加尔特专案法官的反对意见)；《国家管辖豁免(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，见第162-164页，见第171页(基思法官的个别意见)，见第215和234页(坎卡多·特林达德法官的反对意见)，见第304页(优素福法官的反对意见)，并见第313-321页(加亚专案法官反对意见)。

<sup>55</sup> 《大陆架(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，见第175页(小田法官的反对意见)。

<sup>56</sup> 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，1999年国际法院案例汇编》，第62页，见第94页(威拉曼特里副院长的个别意见，见第92页)。

<sup>57</sup> 例如，见：《渔业案(联合王国诉挪威)，判决，1951年国际法院判例汇编》，第116页，见第160-161页(阿诺德·麦克奈尔爵士的反对意见)；《北海大陆架(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3页，见第107页(福阿德·阿蒙法官的个别意见)；《美国驻德黑兰外交和领事人员(美利坚合众国诉伊朗)，判决，1980年国际法院案例汇编》，第3页，见第63页(塔拉齐法官的反对意见)。



其加以考虑”。<sup>58</sup> 此外，尽管国际法院在咨询意见中没有提到东京地区法院的判决，但纪尧姆法官和威拉曼特里法官在其个人意见中均提到这一判决。<sup>59</sup>

## 五. 国际海洋法法庭

### 意见 11

国际海洋法法庭在习惯国际法的识别方面没有提及国家法院的判决。

31. 在国际海洋法法庭自 1997 年 11 月 13 日至 2015 年 12 月 31 日发布的总共 80 项命令、判决和咨询意见中，仅有 4 项提到了习惯国际法。<sup>60</sup>

32. 国际海洋法法庭在识别“孟加拉湾海洋划界案”中的习惯国际法时，明确考虑了《国际法院规约》第三十八条，而《联合国海洋法公约》第七十四条第 1 款和第八十三条第 1 款都提到《规约》第三十八条。在审理上述案件时，海洋法法庭认为第三十八条第一项(卯)款提及国际法院和法庭的判决，但没有提国家法院。<sup>61</sup>

<sup>58</sup> 他认为，对其中所得出结论的背离必须由国际法院作出解释。《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 400-401 页(沙哈布丁法官的反对意见)；《法国国内的若干刑事诉讼程序(刚果民主共和国诉法国)，临时措施，命令，2003 年国际法院案例汇编》，第 102 页，见第 123 页(德卡拉专案法官的反对意见)；《刚果境内的武装活动(新诉请书：2002 年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，管辖权和可受理性，判决，2006 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 88 页(杜加尔德专案法官的个别意见)；科索沃单方面宣布独立是否符合国际法，见第 474 页(科罗马法官的反对意见)，并见第 623-624 页(优素福法官的个别意见)。

<sup>59</sup> 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见，1996 年国际法院案例汇编》，第 226 页，见第 292 页(纪尧姆法官的个别意见)，并见第 439 页(威拉曼特里法官的反对意见)。

<sup>60</sup> 《混氧燃料厂(爱尔兰诉联合王国)，临时措施，2001 年 12 月 3 日的命令，2001 年国际海洋法法庭(海洋法法庭)案例汇编》，第 95 页，见第 12 页，第 81 段；《柔佛海峡及其周围的土地开垦(马来西亚诉新加坡)，临时措施，2003 年 10 月 8 日的命令，2003 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，见第 25 页，第 92 段；《“富丸号”(日本诉俄罗斯联邦)，迅速释放，判决，2005-2007 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 74 页，见第 94 页，第 63 段；《国家就“区域”内活动所负责任和义务，咨询意见，2011 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 10 页，见第 28 页，第 57 段，见第 47 页，第 135 段，见第 50 页，第 145 段，见第 51 页，第 147 和 148 段，见第 56 页，第 169 段，见第 58 页，第 178 段，见第 60 页，第 182 和 183 段，见第 62 页，第 194 段，见第 65-66 页，第 209、210 和 211 段，见第 75 页，并见第 77 页。

<sup>61</sup> 《孟加拉湾海洋划界案(孟加拉国/缅甸)，判决，2012 年国际海洋法法庭案例汇编》，第 4 页，见第 61 页，第 183-184 段：“《国际法院规约》第三十八条中提到的国际法院和法庭的裁决，在确定适用于《公约》第七十四条和第八十三条所述海洋划界的法律内容方面也具有特别重要的意义。在这方面，海洋法法庭赞同 2006 年 4 月 11 日的仲裁裁决中的说明，即：‘这一问题在过去 60 年中已发生了极大的演变，习惯法在这一问题上也发挥着特殊的作用，它与司法判决和仲裁裁决一道，协助确定适用于划界进程的考虑因素’(《关于巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间专属经济区和大陆架的划定的仲裁，2006 年 4 月 11 日的裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第 147 页，见第 210-211 页，第 223 段)。”

不过，这种看法主要是说明法庭依赖一项仲裁裁决是有正当理由的，并未表明对国家法院的判决是否相关的一般立场。<sup>62</sup>

33. 总的来说，在习惯国际法的识别方面没有提到国家法院的判决。

#### 意见 12

国际海洋法法庭的法官在个人意见中有时提到国家法院的判决，以其作为识别习惯国际法规则的辅助手段。

34. 对国家法院判决的提及可见国际海洋法法庭法官就习惯国际法的识别和有关证据的程序规则发表的个别意见和反对意见。为了确定关于已被授权进入沿海国领水的战舰地位的“一般国际法”，拉奥法官在其关于“ARA Libertad 号案”的个别意见中，提到美国最高法院就“Schooner Exchange 案”所作的判决，以其与“意思同样如此”的一篇学术论文一道作为确定法律规则的辅助手段。<sup>63</sup> 法官在确定关于证据的程序规则时也提到国家法院的判决。<sup>64</sup> 此种提及表明，至少对这些法官来说，国家法院的判决作为确定第三十八条第一项(卯)款所列国际法的三个主要类别来源的辅助手段，是相关的。

## 六. 世界贸易组织上诉机构

#### 意见 13

世界贸易组织上诉机构在习惯国际法的识别方面没有提及国家法院的判决。

35. 在世贸组织上诉机构 1996 年 4 月 29 日至 2015 年 12 月 31 日发布的 139 份报告中，42 份提到或适用了习惯国际法。<sup>65</sup> 这些提及的内容绝大多数涉及“解释国际公法的习惯规则”的适用，该上诉机构认为这些规则在《维也纳条约法公

<sup>62</sup> 同上，见第 61 页，第 183-184 段。

<sup>63</sup> 《“ARA Libertad 号案”(阿根廷诉加纳)，临时措施，2012 年海洋法法庭案例汇编》，第 332 页，拉奥法官的个别意见，第 4 页，第 10-11 段。

<sup>64</sup> 见《孟加拉湾海洋划界(孟加拉国/缅甸)，判决，2012 年海洋法法庭案例汇编》，勒基法官的反对意见，第 26 页；《“VIRGINIA G 号案”(巴拿马/几内亚比绍)，判决，2014 年海洋法法庭案例汇编》，第 4 页，勒基法官的个别意见，见第 17 页，第 53 段，以及专案法官科雷亚的反对意见，见第 24-25 页，第 20 段。

<sup>65</sup> 如上文第 3 段所述，没有为本备忘录的目的考虑世界贸易组织小组的报告和仲裁员的报告，因为小组和仲裁员并非上诉机构那样的常设机构，而是应某一指控方的请求设立的特设机制。

约》中已得到编纂。<sup>66</sup> 其他内容则涉及作为“一般国际法原则”的诚意问题，<sup>67</sup> 或国家责任问题。<sup>68</sup> 但无一将国家法院的判决作为国家惯例、接受为法律的证据(法律确信)、或识别习惯国际法方面的辅助手段加以提及。

## 七. 前南斯拉夫问题国际法庭

36. 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第 1 条规定，法庭拥有“起诉应对严重违反国际人道主义法行为负责者”的权力。<sup>69</sup> 在他后来得到安全理事会充分认可的关于设立前南法庭的报告中，秘书长表示，法庭将只适用现行的国际人道主义法规则，以便法无明文不为罪原则得到尊重，在一些、但并非所有国家遵守具体的国际人道主义法公约方面不会产生疑问，而这些规则无疑是习惯国际法的一部

<sup>66</sup> 见世贸组织上诉机构的报告，美国——新配方汽油和常规汽油标准(美国——汽油)，WT/DS2/AB/R 号，1996 年 5 月 20 日通过，DSR 1996: I, 第 3 页，见第 17 页；世贸组织上诉机构的报告，日本——酒精饮料税(日本——酒精饮料二)，WT/DS8/AB/R、WT/DS10/AB/R、WT/DS11/AB/R，1996 年 11 月 1 日通过，DSR 1996:I, 第 97 页，见第 10-11 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——对德国的某些抗腐蚀碳钢板产品的反补贴税(美国——碳钢)，WT/DS213/AB/R 和 Corr.1，2002 年 12 月 19 日通过，DSR 2002:IX, 第 3779 页，见第 23 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——对加拿大某些软木材的反补贴税的最后确定(美国——软木材四)，WT/DS257/AB/R，2004 年 2 月 17 日通过，DSR 2004:II, 第 571 页，见第 22 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——归零方法的持续存在和实施(美国——继续归零)，WT/DS350/AB/R，2009 年 2 月 19 日通过，DSR 2009:III, 第 1291 页，见第 106-107 页。

<sup>67</sup> 世贸组织上诉机构的报告，美国——“外国销售公司”的税收待遇(美国——外国销售公司)，WT/DS108/AB/R，2000 年 3 月 20 日通过，DSR 2000:III, 第 1619 页，见第 56 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——对日本某些热轧钢产品的反倾销措施(美国——热轧钢)，WT/DS184/AB/R，2001 年 8 月 23 日通过，DSR 2001:X, 第 4697 页，见第 38 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——持续中止履行在欧共体中承担的义务——荷尔蒙争端(美国——持续中止)，WT/DS320/AB/R，2008 年 11 月 14 日通过，DSR 2008:X, 第 3507 页，见第 117 页。

<sup>68</sup> 世贸组织上诉机构的报告，美国——关于来自巴基斯坦的精梳棉纱的过渡保障措施(美国——棉纱)，WT/DS192/AB/R，2001 年 11 月 5 日通过，DSR 2001:XII, 第 6027 页，见第 37 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——关于对从韩国进口圆焊碳质条形管的确定性保障措施(美国——条形管)，WT/DS202/AB/R，2002 年 3 月 8 日通过，DSR 2002:IV, 第 1403 页，见第 82 页；世贸组织上诉机构的报告，美国——对来自中国的某些产品的确定性反倾销税和反补贴税(美国——反倾销和反补贴税(中国))，WT/DS379/AB/R，2011 年 3 月 25 日通过，DSR 2011:V, 第 2869 页，见第 119-121 页。

<sup>69</sup> 1993 年 5 月 3 日，秘书长根据关于设立国际法庭“起诉应对 1991 年以来在前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责者”的安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段，向安全理事会提交了一份报告(秘书长根据安全理事会根据第 808(1993)号决议第 2 段提交的报告，S/24704 号文件，1993 年 5 月 3 日)。1993 年 5 月 25 日，安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取行动，以上述报告为依据通过了第 827 (1993)号决议，设立了前南斯拉夫问题国际法庭。

分。<sup>70</sup> 在 Vasiljević 一案中, 审判分庭确认, 《前南斯拉夫问题国际法庭规约》并非旨在创造新的刑事罪名, “法庭只对在被控所犯罪行发生时习惯国际法确认的所列罪行拥有管辖权”。<sup>71</sup> 因此, 习惯国际法是法庭的一个重要的法律来源。在法庭到 2015 年 12 月 1 日作出的 81 项判决中, 49 项在习惯国际法的识别方面提到国家法院的判决。<sup>72</sup>

<sup>70</sup> 同上, 见第 29 和 33 段。该报告强调, “尽管有公约未规定的国际习惯法, 一些主要的常规人道主义法已成为习惯国际法的一部分”; 它接着指出, 无疑可被视为反映习惯国际人道主义法的条约是 1907 年《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》和作为公约附件的 1907 年 10 月 18 日《章程》(卡内基国际和平基金会, “The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907”, James Brown Scott (ed.), (纽约, 牛津大学出版社, 1915 年), 见第 100 页); 《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》所附的宪章(1945 年 8 月 8 日, 伦敦), 联合国, 《条约汇编》, 第 82 卷, 第 251 号, 第 279 页; 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日, 纽约), 同上, 第 78 卷, 第 1021 号, 第 277 页; 《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 同上, 第 75 卷, 第 970-973 号, 第 31 页等等。

<sup>71</sup> 检察官诉 Vasiljević, 判决, 案件编号: IT-98-32-T, T.Ch. II, 2002 年 11 月 29 日, 第 198 段。另见: 检察官诉杜什科·塔迪奇, 意见和判决, 案件编号: IT-94-1-T, T.Ch., 1997 年 5 月 7 日, 第 654 段; 检察官诉 Blaškić, 判决, 案件编号: IT-95-14-A, A.Ch., 2004 年 7 月 29 日, 第 141 段。

<sup>72</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇, 意见和判决, 案件编号: IT-94-1-T, T.Ch., 1997 年 5 月 7 日; 检察官诉 Delalić 等人, 判决, 案件编号: IT-96-21-T, T.Ch., 1998 年 11 月 16 日; 检察官诉 Furundžija, 判决, 案件编号: IT-95-17/1-T, T.Ch., 1998 年 12 月 10 日; 检察官诉 Aleksovski, 判决, 案件编号: IT-95-14/1-T, T.Ch., 1999 年 6 月 25 日; 检察官诉杜什科·塔迪奇, 判决书, 案件编号: IT-94-1-A, A.Ch., 1999 年 7 月 15 日; 检察官诉 Jelisić, 判决, 案件编号: IT-95-10-T, T.Ch., 1999 年 12 月 14 日; 检察官诉 Kupreškić 等人, 判决, 案件编号: IT-95-16-T, T.Ch., 2000 年 1 月 14 日; 检察官诉 Blaškić, 判决, 案件编号: IT-95-14-T, T.Ch., 2000 年 3 月 3 日; 检察官诉 Delalić 等人, 判决, 案件编号: IT-96-21-A, A.Ch., 2001 年 2 月 20 日; 检察官诉 Kunarac 等人, 判决, 案件编号: IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 2001 年 2 月 22 日; 检察官诉 Kordić and Čerkez, 判决, 案件编号: IT-95-14/2-T, T.Ch., 2001 年 2 月 26 日; 检察官诉 Krstić, 判决, 案件编号: IT-98-33-T, T.Ch., 2001 年 8 月 2 日; 检察官诉 Kvočka 等人, 判决, 案件编号: IT-98-30/1-T, T.Ch. 2001 年 11 月 2 日; 检察官诉 Kmojelac, 判决, 案件编号: IT-97-25-T, T.Ch.II, 2002 年 3 月 15 日; 检察官诉 Kunarac 等人, 判决, 案件编号: IT-96-23 and IT-96-23/1-A, A.Ch., 2002 年 6 月 12 日; 检察官诉 Vasiljević, 判决, 案件编号: IT-98-32-T, T.Ch.II, 2002 年 11 月 29 日; 检察官诉 Naletilić and Martinović, 判决, 案件编号: IT-98-34-T, T.Ch., 2003 年 3 月 31 日; 检察官诉 Stakić, 判决, 案件编号: IT-97-24-T, T.Ch.II, 2003 年 7 月 31 日; 检察官诉 Kmojelac, 判决, 案件编号: IT-97-25-A, A.Ch., 2003 年 9 月 17 日; 检察官诉 Simić 等人, 判决, 案件编号: IT-95-9-T, T.Ch.II, 2003 年 10 月 17 日; 检察官诉 Galić, 判决 and Opinion, 案件编号: IT-98-29-T, T.Ch.I, 2003 年 12 月 5 日; 检察官诉 Krstić, 判决, 案件编号: IT-98-33-A, A.Ch., 2004 年 4 月 19 日; 检察官诉 Blaškić, 判决, 案件编号: IT-95-14-A, A.Ch., 2004 年 7 月 29 日; 检察官诉 Kordić and Čerkez, 判决, 案件编号: IT-95-14-/2-A, A.Ch., 2004 年 12 月 17 日; 检察官诉 Blagojević and Jokić, 判决, 案件编号: IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 2005 年 1 月 17 日; 检察官诉 Strugar, 判决, 案件编号: IT-01-42-T, T.Ch.II, 2005 年 1 月 31 日; 检察官诉 Halilović, 判决, 案件编号: IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 2005 年 11 月 16 日; 检察官诉 Hadžihasanović and Kubura, 判决, 案件编号: IT-01-47-T, T.Ch., 2006 年 3 月 15 日; 检察官诉 Stakić, 判决, 案件编号: IT-97-24-A, A.Ch., 2006 年 3 月 22 日; 检察官诉 Orić, 判决, 案件编号: IT-03-68-T, T.Ch.II, 2006 年 6 月 30 日; 检察官诉 Krajišnik, 判决, 案件编号: IT-00-39-T, T.Ch.I, 2006 年 9 月 27 日; 检察官诉 Galić, 判决, 案件编号: IT-98-29-A, A.Ch., 2006 年

## 意见 14

在习惯国际法的识别方面，前南斯拉夫问题国际法庭偶尔将国家法院的判决作为习惯国际法两个构成要件的证据形式加以提及，不过法庭仅有时将某一判决具体算作国家惯例或接受为法律的证据（法律确信）。

37. 前南斯拉夫问题国际法庭已明确赞同以这两个构成要件法来识别习惯国际法，有时使用国家法院的判决作为每个构成要件证据的相关形式。在 *Hadžihasanović* 和 *Kubura* 案中，审判分庭强调，“要证明一项习惯规则的存在，就必须确立习惯的两个构成要件，即必须存在足够连贯一致的实践(物质要件)，而且各国认为它们像受实在法规则约束一样，受这一未经编纂的惯例的约束(心理要件)”。<sup>73</sup> 它还指出，考虑到国家的司法实践，“国家惯例似乎不只是分歧很大，甚至倾向于表明它们没有义务仅根据国际人道主义法就战争罪行进行起诉”。<sup>74</sup> 审判分庭继而对一系列国家法院判决进行了研究。<sup>75</sup> 关于法律确信，审判分庭的结论是，“它可从缺乏充分连贯一致的惯例中推断，多数国家并不认为依照国际法，自己有义务仅根据国际刑事法来起诉和审判严重违反国际人道主义法的行为”。<sup>76</sup>

11月30日；检察官诉 *Brđanin*，判决，案件编号：IT-99-36-A，A.Ch.，2007年4月3日；检察官诉 *Halilović*，判决，案件编号：IT-01-48-A，A.Ch.，2007年10月16日；检察官诉 *Boškoski and Tarčulovski*，判决，案件编号：IT-04-82-T，T.Ch.II，2008年7月10日；检察官诉 *Strugar*，判决，案件编号：IT-01-42-A，A.Ch.，2008年7月17日；检察官诉 *Delić*，判决，案件编号：IT-04-83-T，T.Ch.I，2008年9月15日；检察官诉 *Martić*，判决，案件编号：IT-95-11-A，A.Ch.，2008年10月8日；检察官诉 *Milutinović* 等人，判决，案件编号：IT-05-87-T，T.Ch.，2009年2月26日；检察官诉 *Boškoski and Tarčulovski*，判决，案件编号：IT-04-82-A，A.Ch.，2010年5月19日；检察官诉 *Popović* 等人，判决，案件编号：IT-05-88-T，T.Ch.II，2010年6月10日；检察官诉 *Đorđević*，Public 判决，案件编号：IT-05-87/1-T，T.Ch.II，2011年2月23日；检察官诉 *Gotovina* 等人，判决，案件编号：IT-06-90-T，T.Ch.I，2011年4月15日；检察官诉 *Perišić*，判决，案件编号：IT-04-81-T，T.Ch.I，2011年9月6日；检察官诉 *Tolimir*，判决，案件编号：IT-05-88/2-T，T.Ch.II，2012年12月12日；检察官诉 *Perišić*，判决，案件编号：IT-04-81-A，A.Ch.，2013年2月28日；检察官诉 *Šainović et al. (former Milutinović et al.)*，判决，案件编号：IT-05-87-A，A.Ch.，2014年1月23日；检察官诉 *Đorđević*，判决，案件编号：IT-05-87/1-A，A.Ch.，2014年1月27日。本备忘录仅涉及前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭和上诉分庭就此案的案情实质所作的判决。它没有涵盖达成诉辩协让的案件中所作的判决、藐视案件的判决以及判刑判决。

<sup>73</sup> 检察官诉 *Hadžihasanović* 和 *Kubura*，案件编号：IT-01-47-T，T.Ch.，2006年3月15日，第255—257段，见第253段。应提请注意的是，审判分庭首先注意到2005年红十字国际委员会关于习惯国际法的研究(*Jean-Marie Henckaerts* 和 *Louise Doswald-Beck*，*Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rules*，剑桥：剑桥大学出版社，2005年)。由于这项研究没有表明对此事的看法，审判分庭决定研究国家惯例和法律确信。

<sup>74</sup> 同上，第255段。

<sup>75</sup> 同上，第256—257段。

<sup>76</sup> 同上，第258段。

38. 在某些情况下,前南斯拉夫问题国际法庭各分庭将国家法院的判决明确算作国家惯例。<sup>77</sup> 不过,在其他案例中,各分庭却没有将此类判决当作国家惯例或法律确信。例如,在塔迪奇一案中,一个审判分庭解释说,国家法院的判决,连同国家立法、条约条款和《纽伦堡宪章》,确立了“习惯国际法中个人责任和以《章程》第7条规定的各种方式参与的基础”。<sup>78</sup> 在一些案子中,各分庭为就习惯规则的存在或内容得出结论,直接依赖国家立法和国家法院的判决。<sup>79</sup>

#### 意见 15

前南斯拉夫问题国际法庭把国内法院的裁决称为习惯国际法两项构成要素的证据;常常是结合其他证据形式(如法律或条约规定)参考此类裁决的。

39. 参考国家法院的裁决时,往往辅之以其他形式的证据,如法律或条约规定,以表明存在一项习惯规则,或断定习惯规则形成过程何时完结?<sup>80</sup> 例如,在 Halilović 案中,审判分庭分析了指挥责任之性质的历史背景,认为这属于个人刑事责任,指出它出现在“第二次世界大战后时代的国内战争罪立法以及某些第二次世界大战后判例法之中”。<sup>81</sup> 审判分庭先是调查了国家立法,<sup>82</sup> 随后诉诸国

<sup>77</sup> 例如,见:检察官诉杜什科·塔迪奇,意见和判决,案件编号:IT-94-1-T, T.Ch., 1997年5月7日,第665–669段;检察官诉杜什科·塔迪奇,判决,案件编号:IT-94-1-A, A.Ch., 1999年7月15日,第94段;检察官诉 Jelisić, 判决,案件编号:IT-95-10-T, T.Ch., 1999年12月14日,第61段;检察官诉 Halilović, 判决,案件编号:IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 2005年11月16日,第82-83段(当时,审判分庭就指挥官预防犯罪问题,先研究了第二次世界大战后的判例,接着研究了指挥责任的编纂以及是否存在一项预防义务、红十字国际委员会对第一附加议定书的评注、以及前南斯拉夫问题国际法庭自己的判例)和第91段;检察官诉 Hadžihasanović 和 Kubura, 判决,案件编号:IT-01-47-T, T.Ch., 2006年3月15日,第255段;检察官诉 Milutinović 等人,判决,案件编号:IT-05-87-T, T.Ch., 2009年2月26日,第197段,脚注356;检察官诉 Šainović et al.(前 Milutinović 等人),判决,案件编号:IT-05-87-A, A.Ch., 2014年1月23日,第1622–1646段。

<sup>78</sup> 检察官诉杜什科·塔迪奇,意见和判决,案件编号:IT-94-1-T, T.Ch., 1997年5月7日,第669段(另见第665–669段)。

<sup>79</sup> 见检察官诉 Kunarac 等人,判决,案件编号:IT-96-23 和 IT-96-23/1-A, A.Ch., 2002年6月12日,第130–131段(在讨论强奸罪的定义时);检察官诉 Kordić 和 Čerkez, 判决,案件编号:IT-95-14/2-A, A.Ch., 2004年12月17日,第66段,脚注73(审判分庭在分析了国家立法和判例法后认为,“关于国家法律确信和惯例未决定性质的进一步证据……体现于近至1999年罗马规约犯罪要件问题工作组的国家代表进行的具有争议的谈判。”);检察官诉 Halilović, Judgement, 案件编号:IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 2005年11月16日,第43–47页。

<sup>80</sup> 例如,见检察官诉塔迪奇案,判决书,案件号 IT-94-1-A, A.Ch., 1999年7月15日,第290段;检察官诉 Blaškić 案,判决书,案件号 IT-95-14-T, T.Ch., 2000年3月3日,第316至332段;检察官诉 Galić 案,判决书,案件号 IT-98-29-A, A.Ch., 2006年11月30日,第92至97段;以及检察官诉 Šainović (前 Milutinović 等人)案,判决书,案件号 IT-05-87-A, A.Ch., 2014年1月23日,第1626至1646段)。

<sup>81</sup> 检察官诉 Halilović 案,判决书,案件号 IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 2005年11月16日,第42段。

<sup>82</sup> 同上,第43段。

家法院的裁决，<sup>83</sup> 从而注意到“在确定由指挥责任概念而产生的责任性质方面，第二次世界大战后的判例法并不一致”。<sup>84</sup> 审判分庭认定，只是在通过《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一议定书)》之时，才对指挥责任的概念作出“正式规定”。<sup>85</sup>

#### 意见 16

在前南斯拉夫问题国际法庭判例法中，国家法院的裁决构成了国际刑法习惯规则特别相关的证据形式；这一主题领域部分地由国内立法和国家法院的裁决发展而来。

40. 从前南斯拉夫问题国际法庭判例法来看，涉及国际刑法的习惯规则往往产生于国家法院裁决所体现的国家实践和被接受为法律(法律确信)。上诉分庭对塔迪奇案的判决就表明，在法律的这一领域，是如此明显地依靠国家法院。<sup>86</sup> 上诉分庭指出：鉴于《前南斯拉夫问题国际法庭规约》没有集体犯罪的主、客观要素，因此，必须诉诸习惯国际法，以指明这些要素：“关于此事项的习惯规则在各种要素(主要是判例法和几例国际立法)基础上是可以区分出来的”。<sup>87</sup> 特别是，分庭把国家法院的裁决当作国家实践的证据，认为“在所讨论的领域，国内法并非源自国际法的执行，而是在很大程度上与国际条例保持平行，并且优先于国际条例”。这导致上诉分庭认定，“判例法和所提及的条约的一致性和说服力……加上它们符合国家刑法和一般国际刑法和国家立法所定的刑事责任通则，使人们有理由得出结论认为：判例法体现了国际刑法习惯规则。”<sup>88</sup>

#### 意见 17

前南斯拉夫问题国际法庭总体表示，国家法院的有关裁决作为《国际法院规约》第三十八条第一项卯款所谓的确定法律原则之补助资料，具有相关性。

#### 意见 18

前南斯拉夫问题国际法庭经常把国家法院的裁决作为确定国际刑法规则的存在或内容的、尤为相关的辅助手段。

<sup>83</sup> 同上，第 44 至 47 段。

<sup>84</sup> 同上，第 48 段。

<sup>85</sup> 同上，第 49 至 54 段。

<sup>86</sup> 检察官诉塔迪奇案，判决书，案件号 IT-94-1-A, A.Ch., 1999 年 7 月 15 日，第 194 至 226 段。

<sup>87</sup> 同上，第 194 段。

<sup>88</sup> 同上，第 225 和 226 段。

## 意见 19

前南斯拉夫问题国际法庭强调，作为指明法律原则的辅助手段，国际司法裁决优先于国内法院裁决。随着时间的推移，分庭已逐渐减少诉诸国家法院裁决的做法，因为其他国际刑事法院和法庭的裁决可供参考的更多了。

41. 前南斯拉夫问题国际法庭肯定指出，它将会诉诸“司法判例”，将其作为按照《国际法院规约》第三十八条第一项卯款、确定法律原则之补助资料。<sup>89</sup> 该法庭还认为，国家法院的裁决可用于这一目的，不过，强调国际司法判决具有优先重要性。在 Kupreškić 等人案中，审判分庭认为，司法裁决只应用作“确定法律原则之补助资料”（引自《国际法院规约》第三十八条第一项卯款，必须视之为习惯国际法的宣示），因为……在国际刑事审判中，司法先例并非法律明确的法律来源。法庭不受其他国际刑事法庭（如纽伦堡法庭或东京法庭）的约束，国内法院审理国际罪行的案件就更不用说了；以类似方式裁决的案件之权威——其内容只能是表明可能存在着一项国际原则。更具体而言，先例可以表明在某一事项上存在着法律确信和国际惯例，或则表明出现了一条国际法通则，所以，可能构成一条习惯规则的证据……像该国际法庭一类的国际刑事法庭必须总是认真评估其他法院的裁决，然后再依靠这些法院相对于现有法律、具有说服力的权威。此外，他们在审视国家裁决时，应当比审视国际判决更为严格，因为后者至少是基于各国际法院所引用的同一个法律体系，而前者则倾向于采用国家法律，或主要是国家法律，或则通过国家立法之棱镜来解释国际规则。<sup>90</sup>

42. 前南斯拉夫问题国际法庭在其判例法中，经常把国家法院的裁决作为确定一项法律原则的辅助手段。例如，在塔迪奇案中，<sup>91</sup> 分庭参照了国家法庭关于若干问题的裁决，<sup>92</sup> 并且以之为“平民人口”和“危害人类罪”下定义的辅助手段。<sup>93</sup> 至于“平民人口”，审判分庭明确地称国家判例法是“具有指导性的”，

<sup>89</sup> “将不得不诉诸《国际法院规约》第三十八条所列各种国际法来源，即国际公约、习惯和一般法律原则，以及其他辅助来源（如司法裁决和法学家著作）。另一方面，显而易见，没有授权法庭适用任何特定法律体系的国内法的规定。” 检察官诉 Delalić 等人案，判决书，案件号 IT-96-21-T, T.Ch., 1998 年 11 月 16 日，第 414 段。另见检察官诉 Furundžija 案，判决书，案件号 IT-95-17/1-T, T.Ch., 1998 年 12 月 10 日，第 196 段；其中，分庭指出，英国军事法庭就审判战犯所作判决“对确立国际法原则”帮助不大，因为所适用的法律属于国内法。

<sup>90</sup> 检察官诉 Kupreškić 等人案，判决书，案件号 IT-95-16-T, T.Ch., 2000 年 1 月 14 日，第 540 至 542 段。

<sup>91</sup> 检察官诉塔迪奇，意见和判决，案件号 IT-94-1-T, T.Ch., 1997 年 5 月 7 日。

<sup>92</sup> 同上，第 638 至 643、650 至 655、657 和 658、669、678 至 687、694 和 696 段。

<sup>93</sup> 同上。审判分庭一开始就澄清指出，《前南斯拉夫问题国际法庭规约》和秘书长关于前南斯拉夫问题国际法庭的报告均为在“平民”一词的定义方面提供指导（第 637 段）。因此，该分庭利用了条约规定、国家法院裁决、联合国文件以及前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭就另一起案件所作裁决，以就“平民”的含义达成结论（第 638 至 643 段）。



因为相关法院采用了“国家立法”，而该国家立法“在对危害人类罪下定义时，提到了1946年2月13日联合国决议，该决议又回顾《纽伦堡宪章》”；因此，就当代对习惯国际法作出分析而言，具有相关性。<sup>94</sup> 审判分庭在讨论危害人类罪的定义时指出，“作为第二次世界大战后受理据称发生危害人类罪的指控的第一个国际法庭，本国际法庭不受过去理论的约束，不过，必须采用在犯罪时适用的习惯国际法”。<sup>95</sup> 审判分庭进而分析了该法庭以往的一份裁决、国际法委员会的一份报告以及美国联邦第二巡回上诉法院的一份裁决，以便就此事得出结论。<sup>96</sup> 同样，在塔迪奇案之后的案件中，各分庭经常依靠国家法庭裁决的权威，同时依靠其他辅助手段。<sup>97</sup> 这方面的明确例证可见 *Kunarac* 案。<sup>98</sup> 审判分庭在讨论“奴役”的定义时，研究了“讨论同一或类似主题事项的各种来源，包括国际人道主义法和人权法”，因为《前南斯拉夫问题国际法庭规约》并没有对奴役作出定义。<sup>99</sup>

<sup>94</sup> 检察官诉塔迪奇，意见和判决，案件号 IT-94-1-T, T.Ch., 1997年5月7日，第642段。所述国家判例法是指法国终审法院刑事庭的 *Barbie* 案：Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes 等方面诉 *Barbie*。

<sup>95</sup> 同上，第654段。

<sup>96</sup> 同上，第654和655段。

<sup>97</sup> 例如，见：检察官诉塔迪奇案，判决书，案件号 IT-94-1-A, A.Ch., 1999年7月15日，第255至270段；检察官诉 *Hadžihasanović* 和 *Kubura* 案，判决书，案件号 IT-01-47-T, T.Ch., 2006年3月15日，第188段，脚注318；检察官诉 *Orić* 案，判决书，案件号 IT-03-68-T, T.Ch.II, 2006年6月30日，第304段，脚注860和861，以及第588段，脚注1579至1581号；检察官诉 *Jelisić* 案，判决书，案件号 IT-95-10-T, T.Ch., 1999年12月14日，第68段；检察官诉 *Blaškić* 案，判决书，案件号 IT-95-14-T, T.Ch., 2000年3月3日，第221、223和224、229和230段；检察官诉 *Kunarac* 等人，判决书，案件号 IT-96-23 和 IT-96-23/1-A, A.Ch., 2002年6月12日，第123段；检察官诉 *Krnjelac* 案，判决书，案件号 IT-97-25-A, A.Ch., 2003年9月17日，第96段；检察官诉 *Stakić* 案，判决书，案件号 IT-97-24-A, A.Ch., 2006年3月22日，第289至300、315段；检察官诉 *Simić* 等人案，判决书，案件号 IT-95-9-T, T.Ch.II, 2003年10月17日，第102段，脚注186；检察官诉 *Blagojević* 和 *Jokić* 案，判决书，案件号 IT-02-60-T, T.Ch.I.A., 2005年1月17日，第624段，脚注2027，第646、664段；检察官诉 *Strugar* 案，判决书，案件号 IT-01-42-T, T.Ch.II., 2005年1月31日，第363和364段；检察官诉 *Halilović* 案，判决书，案件号 IT-01-48-T, T.Ch.I.A., 2005年11月16日，第60段，脚注143，和第149段，脚注149；检察官诉 *Brđanin* 案，判决书，案件号 IT-99-36-A, A.Ch., 2007年4月3日，第392至404和410段；检察官诉 *Delić* 案，判决书，案件号 IT-04-83-T, T.Ch.I, 2008年9月15日，第73和74段；检察官诉 *Popović* 等人案，判决书，案件号 IT-05-88-T, T.Ch.II, 2010年6月10日，第807段，脚注2911；检察官诉 *Đorđević* 案，公开判决书，案件号 IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 2011年2月23日，第1771段；和检察官诉 *Perišić* 案，判决书，案件号 IT-04-81-A, A.Ch., 2013年2月28日，第44段，脚注115。

<sup>98</sup> 检察官诉 *Kunarac* 等人，判决书，案件号 IT-96-23-T 和 IT-96-23/1-T, T.Ch., 2001年2月22日。另见检察官诉 *Krnjelac*，判决书，案件号 IT-97-25-T, T.Ch.II, 2002年3月15日，第58段，脚注197（该分庭列出支持其关于习惯国际法的结论的“当局”，而这则又包括《纽伦堡宪章》、国际和国家判例法，以及国际法委员会的文件），以及第474段，脚注1429。

<sup>99</sup> 检察官诉 *Kunarac* 等人，判决书，案件号 IT-96-23-T 和 IT-96-23/1-T, T.Ch., 2001年2月22日，第518段。

审判分庭参考了：条约规定，<sup>100</sup> 国际、区域和国家三级的判例法，<sup>101</sup> 以及国际法委员会的报告。<sup>102</sup>

43. 在国际刑法的具体范畴内，某一特别类型的国内司法裁决尤其具有相关性。前南斯拉夫问题国际法庭作为继纽伦堡和东京国际军事法庭之后成立的第一个国际刑事法庭，在裁定其必须审理的第一批案件时，没有多少国际刑事法庭的裁决可以参考。按照盟国管制理事会第 10 号法在德国设立的、处理涉及第二次世界大战期间所犯罪行之案件的法庭所作裁决，成为重要的司法信息来源，对本法庭产生相当的影响。这些裁决虽然是由国内法庭作出的，却是在适用国际法、尤其是习惯国际法时作出的。例如，在 *Furundžija* 案中，审判分庭用以下词句表明了认识国内法庭裁决重要性的标准：

要正确评估本判例法，就所要审查的每一起案件而言，必须要铭记审理该案的论坛，以及所适用的法律，因为这些因素决定了其权威价值。此外，人们应当始终意识到，在利用国家判例法来确定国际刑法习惯规则对某一事项而言是否已有演变时，需要慎之又慎。<sup>103</sup>

所以，前南斯拉夫问题国际法庭各分庭常常总体性地把“第二次世界大战审判之判例”或“第二次世界大战后的判例”作为确定国际刑法习惯规则的存在、尤其是准确内容的权威。<sup>104</sup> 在当时，它们构成了涉及在刑事审判范畴内使用国际人道主义法的、唯一权威性的司法宣判。该法庭随着其自身判例法的发展，越来越多地依赖于其自身的判例法，和卢旺达问题国际法庭的判例法；于是，把国际法庭裁决作为辅助手段参考的情形，就更少了。

## 八. 卢旺达问题国际刑事法庭

### 意见 20

在指明习惯国际法方面，卢旺达国际法庭很少把国际法庭的裁决作为国家实践的证据形式或作为被接受成为法律（法律确信）的证据形式。

<sup>100</sup> 同上，第 519 至 522、528 至 533 和 536 段。

<sup>101</sup> 同上，第 523 至 527 以及 534 和 535 段。

<sup>102</sup> 同上，第 537 段。

<sup>103</sup> 检察官诉 *Furundžija* 案，判决书，案件号 IT-95-17/1-T, T.Ch., 1999 年 12 月 10 日，第 194 段。

<sup>104</sup> 例如，见：检察官诉 *Kvočka* 等人案，判决书，案件号 IT-98-30/1-T, T.Ch., 2011 年 11 月 2 日，第 186 段；检察官诉 *Hadžihasanović* 和 *Kubura* 案，案件号 IT-01-47-T, T.Ch., 2006 年 3 月 15 日，第 255 至 261 段；检察官诉 *Brđanin* 案，判决书，案件号 IT-99-36-A, A.Ch., 2007 年 4 月 3 日，第 415 段。

## 意见 21

在指明习惯国际法方面，卢旺达问题国际法庭把国家法庭的裁决作为确定法律原则的辅助手段，尽管相比之下，它开始更多地参考其自身的判例法和前南斯拉夫问题国际法庭的判例法。

44. 《卢旺达问题国际法庭规约》第 1 条规定，法庭“有权……起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日期间在卢旺达境内的……严重违反国际人道主义法行为负责者和为邻国境内……这类违法行为负责的卢旺达公民。”至于适用的法律，卢旺达问题国际法庭的管辖权较前南斯拉夫问题国际法庭而言，稍有扩大。安全理事会不按照秘书长编写的《规约》草案，而是通过安理会成员之间进行磋商，设立了该法庭；安理会“将无论是被认为构成国际惯例法组成部分或通常需要犯下罪行的人承担个人刑事责任的国际文书包括在卢旺达问题法庭的属事管辖权的范畴内”。<sup>105</sup> 尽管如此，在 Akayesu 案中，一审判分庭作出澄清如下：

虽然安全理事会选择给予该法庭较(前南斯拉夫问题国际法庭)更广的属事管辖权，将无论是被认为构成国际惯例法组成部分或通常需要犯下罪行的人承担个人刑事责任的国际文书包括在内，但分庭认为，本阶段应当讨论的一个关键问题在于：《规约》第 4 条是否含有在起诉书所指控犯罪实施之时、不属于现有习惯国际法的准则？此外，分庭回顾了(前南斯拉夫问题国际法庭)成立过程；其间，联合国秘书长肯定指出，在实施“法无明文不为罪”原则时，国际法庭应当采用毫无疑问属于习惯法一部分的国际人道主义法原则。<sup>106</sup>

在卢旺达问题国际法庭所作出的、并为本备忘录目的而加以分析的共 85 项判决中，有 12 项在指明习惯国际法范畴内参考了国家法庭的裁决。<sup>107</sup>

<sup>105</sup> 秘书长按照安全理事会第 955(1994)号决议第 5 段提出的报告，S/1995/134 号文件，1995 年 2 月 13 日(秘书长关于卢旺达问题国际法庭的报告)，第 12 段。

<sup>106</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 605 段(强调部分原文如此；脚注略)。

<sup>107</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日；检察官诉 Musema 案，判决书，案件号 ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 2000 年 1 月 27 日；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 2001 年 6 月 7 日；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-A, A.Ch., 2002 年 7 月 3 日；检察官诉 Nahimana 等人案，判决书和宣判，案件号 ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 2003 年 12 月 3 日；检察官诉 Gacumbitsi 案，判决书，案件号 ICTR-2001-64-A, A.Ch., 2006 年 7 月 7 日；检察官诉 Nahimana 等人案，判决书，案件号 ICTR-99-52-A, A.Ch., 2007 年 11 月 28 日；检察官诉 Seromba 案，判决书，案件号 ICTR-2001-66-A, A.Ch., 2008 年 3 月 12 日；检察官诉 Bikindi 案，判决书，案件号 IT-01-72-T, T.Ch. III, 2008 年 12 月 2 日；检察官诉 Munyakazi 案，判决书和宣判，案件号 ICTR-97-36 A-T, T.Ch.I, 2010 年 7 月 5 日；检察官诉 Bagosora 和 Nsengiyumva 案，判决书，案件号 ICTR-98-41-A, A.Ch., 2011 年 12 月 14 日；以及检察官诉 Nzabonimana 案，判决书，案件号 ICTR-98-44D-A, A.Ch., 2014 年 9 月 29 日。本备忘录仅涉及卢旺达问题国际法庭审判分庭和上诉分庭在 2015 年 12 月 31 日前就此案的案情实质所作的判决。它不涵盖对达成认罪求情协议的案件所作的判决、对藐视法庭案件的判决和判刑裁决。另外，备忘录仅涉及审判分庭和上诉分庭使用关于习惯国际法事项的国家裁决的情形。为法律适用和程序问题的目的使用国家裁决者，不在备忘录范围之内。

45. 卢旺达问题国际法庭判例法有时采用国家法庭的裁决，以解释和澄清个人犯罪责任的模式、<sup>108</sup> 犯罪要素、<sup>109</sup> 以及犯罪的范畴和含义。<sup>110</sup> 例如，审判分庭在 Akayesu 案中好几次参考国家法庭的裁决；此案是该分庭作出的第一份审判判决。<sup>111</sup> 在此案中，该分庭好几次至参照国家法庭的裁决来得出其调查结论，<sup>112</sup> 而在另外的情形下，该分庭除国家法庭裁决之外，还依赖国际文书、国际判例和国家法律。<sup>113</sup>

46. 继 Akayesu 案之后的案件参照国家法庭裁决的情形不多。例如，在 Bagosora 和 Nsengiyumva 案中，国家法庭的裁决被用作国家实践的证据。<sup>114</sup> 在 Bagilishema 案中，审判分庭和上诉分庭都把国家法庭的裁决作为确定法律原则的辅助手段。<sup>115</sup>

<sup>108</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 556、633 段；检察官诉 Musema 案，判决书，案件号 ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 2000 年 1 月 27 日，第 142、270 至 274 段；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 2001 年 6 月 7 日；第 37 段，脚注 32、44、50，脚注 55；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-A, A.Ch., 2002 年 7 月 3 日，第 35 段，脚注 50；检察官诉 Nahimana 等人案，判决书和宣判，案件号 ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 2003 年 12 月 3 日；第 1045 段；检察官诉 Munyakazi 案，判决书和宣判，案件号 ICTR-97-36 A-T, T.Ch.I, 2010 年 7 月 5 日，第 430 段，脚注 866。

<sup>109</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 502 至 504、534、539 至 548 和 584 段，脚注 148；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 2001 年 6 月 7 日；第 34 段，脚注 30；检察官诉 Nahimana 等人案，判决书，案件号 ICTR-99-52-A, A.Ch., 2007 年 11 月 28 日，第 896 段，脚注 2027，以及第 898 段，脚注 2030 和 2031；检察官诉 Gacumbitsi 案，判决书，案件号 ICTR-2001-64-A, A.Ch., 2006 年 7 月 7 日，第 60 段，脚注 145；检察官诉 Seromba 案，判决书，案件号 ICTR-2001-64-A, A.Ch., 2008 年 3 月 12 日，第 161 段，脚注 389。

<sup>110</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 567 至 576 段；检察官诉 Nahimana 等人案，判决书，案件号 ICTR-99-52-A, A.Ch., 2007 年 11 月 28 日，第 692 段，脚注 1657；检察官诉 Nzabonimana 案，判决书，案件号 ICTR-98-44D-A, A.Ch., 2014 年 9 月 29 日，第 125 段，脚注 372。

<sup>111</sup> 检察官诉 Akayesu 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 502 至 504、534、539 至 548、556、567 至 576、584 段，脚注 148，和第 633 段。

<sup>112</sup> 同上，第 502 至 504 段，和第 584 段。

<sup>113</sup> 同上，第 525 至 548 段，第 549 至 562 段，第 563 至 577 段，和第 630 至 634 段。

<sup>114</sup> 检察官诉 Bagosora 和 Nsengiyumva 案，判决书，案件号 ICTR-98-41-A, A.Ch., 2011 年 12 月 14 日，第 729 段，脚注 1680。在讨论对有辱尸体尊严或破坏尸体的行为定罪问题时，分庭指出，“对涉及此问题的习惯国际法进行任何审查时，都要考虑到一点，即：众多法域将有辱尸体尊严或破坏尸体的行为定罪”。分庭接着引用了若干条国家立法，最后补充说，“在第二次世界大战后的好几起审判中，被告因被控毁损尸体而被定罪”。

<sup>115</sup> 检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 2001 年 6 月 7 日，第 34 段，脚注 30，第 37 段，脚注 32，第 44 段，脚注 55，第 142 和 143 段，第 1012 段，脚注 1188；检察官诉 Bagilishema 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-A, A.Ch., 2002 年 7 月 3 日，第 35 段，脚注 50。

47. 在卢旺达问题国际分庭的判例法中，把国家法庭裁决当作辅助手段的情形稍微更多一些。在一些情形下，各分庭联系不同形式的证据，分析国家法庭的裁决，或则得出调查结论，或则就某一规定的解释、范围和含义下结论。在 *Musema* 案中，审判分庭在上级责任的范畴内，考虑到前南斯拉夫问题国际法庭和纽伦堡法庭及东京法庭的判例、法学家的著作以及国家法庭的裁决。<sup>116</sup> 在 *Nzabonimana* 案中，分庭在针对种族灭绝、讨论“公开煽动”的含义时，采用了国家法庭的裁决、卢旺达问题国际法庭的判例、国际法委员会的一份报告和法学家的著作。<sup>117</sup> 在其他情形下，各分庭只是依靠国家法庭的裁决加上前南斯拉夫问题国际法庭的判例，来得出调查结论，<sup>118</sup> 或只依靠国家分庭的裁决来解释一项规定。<sup>119</sup>

## 九. 国际刑事法院

### 意见 22

在指明习惯国际法方面，国际刑事法院既把各国际法院和法庭的裁决，又把国家法庭的裁决，作为确定法律原则的辅助手段。

48. 由于为本备忘录的目的，人们只认为国际刑事法院判例法中的一项判决书具有相关性，<sup>120</sup> 所以，由此得出一般性意见为过早。相反，可以就所述判决书(上诉分庭就 *Lubanga* 案作出的判决)发表一些一般性评论。<sup>121</sup> 这一次，上诉分庭在联系共犯需要进行共谋、讨论事件可预见性标准时，采用了国家裁决。<sup>122</sup> 虽然脚注引用国家裁决以支持分庭关于可预见性标准基本具有定性的言论，但分庭并未就其作用作出解释。除国家法庭的裁决外，分庭还采用国际法院判例法和确定法律原则的其他辅助手段，如前南斯拉夫问题国际法庭判例法和法学家就此专

<sup>116</sup> 检察官诉 *Musema* 案，判决书，案件号 ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 2000 年 1 月 27 日，第 127 至 148 段。亦见第 264 至 275 段，其中，法庭讨论到犯罪人属于武装部队成员的情形，并诉诸卢旺达问题国际法庭、纽伦堡法庭和东京法庭的判例以及国家法院的裁决。

<sup>117</sup> 检察官诉 *Nzabonimana* 案，判决书，案件号 ICTR-98-44D-A, A.Ch., 2014 年 9 月 29 日，第 125 至 127 段。

<sup>118</sup> 检察官诉 *Bagilishema* 案，判决书，案件号 ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 2001 年 6 月 7 日，第 34 和 44 至 46 段。

<sup>119</sup> 检察官诉 *Akayesu* 案，判决书，案件号 ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 1998 年 9 月 2 日，第 502 至 504 段。

<sup>120</sup> 备忘录只涉及刑事法庭审判分庭和上诉分庭就此案的案情实质所作判决；不涵盖判刑裁决和关于审判前确认指控的裁决。因此，共分析了 5 项判决，其中有一项被认为与本研究有关，四项被认为不相关。相关判例包括国际刑事法院各分庭直至 2015 年 12 月 31 日所作判决。

<sup>121</sup> 检察官诉 *Nzabonimana* 案，判决书，案件号 ICTR-98-44D-A, A.Ch., 2014 年 9 月 29 日，第 125 至 127 段。

<sup>122</sup> 同上，第 447 段，脚注 827 和 828。

题撰写的著作。<sup>123</sup> 由此可以推论，分庭在此案中把国家裁决作为确定法律原则的辅助手段。

## 十. 一般性意见

### 意见 23

在指明习惯国际法方面，可以出于两个不同目的来参考国家法庭的裁决：将其作为习惯国际法原则组成要素的证据形式，或作为确定此类原则的辅助手段。

49. 国家法庭在确定习惯国际法方面具有两项一般职能。一，它们构成重要证据形式，除其他外，表明某一国家存在着某项实践，或按照《国际法院规约》第三十八条第一项丑款，此项实践被接受为法律(法律确信)；事实上，因为国家法庭属于国家机关，其裁决有时可以直接构成国家实践或表达被接受为法律(法律确信)。二，国家法庭的裁决可在《国际法院规约》第三十八条第一项卯款所述、作为确定法律原则(包括习惯国际法原则)之补助资料的“司法判例”之列。

50. 国家法庭裁决的这一双重性体现在迄今已分析的各国际法院和法庭的裁决之中。虽然各国际法院和法庭主要把国家法庭的裁决作为具体国家的国家实践或被接受为法律(法律确信)的证据，以确定习惯国际法已经形成，但一些法院和法庭，特别是国际刑事法院，把它们作为辅助手段，以确认存在着人们认为已形成的原则。

### 意见 24

各国际法院和法庭在评估习惯国际法原则两项构成要素方面，正常参考国家法庭的裁决，尤其是针对与国内法联系较密切的那些国际法领域。

51. 国家法庭的裁决构成一种证据形式，除其他外，可以确定存在着某项一般惯例，以证明此项惯例已被接受为法律(法律确信)。各国际法院和法庭在此方面采用国家法庭的裁定，联系其他要素(如国内法和行政实践)参考国家法院的裁定，以便评估一个具体国家的实践，并联系其他要素(如各国政府采取的立场)，以便评估在这些国家存在着被接受为法律(法律确信)的情形。在为此目的审议国家法庭的裁决时，各国际法院和法庭只要能够得到国家最高法院的裁决，就特别倚重此类裁决。对立法而言，这些裁决常常具有特别意义，因为各国际法院和法庭一般不参与解释国内立法，而是依赖负责适用该法的法院所作的解释。

52. 各国际法院和法庭在把国家法庭的裁决作为国家实践和被接受为法律(法律确信)的证据时，常常对相关裁决进行量的分析，并分析作出裁决的各国的不同性，而不是各国论点的细节。在这方面，所审议的裁决往往是在审案的国际级法

<sup>123</sup> 同上，第 445 至 449 段。

院和法庭出庭的当事方所依赖的裁决。此外，各国际法院和法庭在评价现有其余裁决时，往往进行总体评估，以便在司法辖域之间出现整体不一致时，可得出某项规则不存在或尚未全面形成的结论。

53. 国家法庭的裁决在确定存在着涉及某些国际法领域的习惯国际法——如免于司法管辖、刑法和外交保护——特别依靠国家实践和被接受为法律(法律确信)，原因是，国家司法实践对于这些具体领域而言具有特别的相关性。

#### 意见 25

**各国际法院和法庭把国家法庭就习惯国际法原则所作的辩论作为确定此类原则存在和内容的辅助手段。**

54. 在应用习惯国际法方面，国家法院的裁定也可作为辅助手段，以确认关于某国际法院或法庭就习惯国际法一项既定原则之存在或范围的调查结论，而无需着手对国家总体实践或被接受为法律(法律确信)作出重新评估。这方面，需要指出，一些国际级法院和法庭，以及国际法院的法官，在其个别意见中，把《国际法院规约》第三十八条第一项卯款中的“司法判例”理解为包括国家法院的裁决。此外，人们发现，各国际法院或法庭从未排除过这样的可能性——国家法院的裁决可以具有《国际法院规约》第三十八条第一项卯款所规定的此种辅助职能。

55. 由此而论，国家法院的裁决可被视为“确定法律原则”(包括习惯国际法原则)“之补助资料”。然而，《规约》第三十八条第一项卯款提及的所有补助资料是否具有相等权威？这一点并不清楚。在本备忘录分析的判例法中，比之于各国际法院和法庭所作的裁决而言，参考国家法院之裁决的情形较少，而且也更为慎重。此外，辅助性地依赖国家法庭的裁决，大多是针对尚未成为国际一级成熟的判例法专题的问题，而且不存在着任何国际司法裁决；或则是针对国内司法实践特别具有相关性的主题领域。在前南斯拉夫问题国际法庭早期判例法中，尤其如此：随着国际判例法逐步发展，对国家法院裁决的依赖程度也降低了。

56. 各国际法院和法庭把国家法院的裁决作为辅助手段时，裁决本身，而不是国家法院在国内法律制度内的位置，才是审案法院或法庭所审议的对象。于是，地区法院涉及国际法问题(类似于审案法院或法庭所审理的问题)的裁决，作为《国际法院规约》第三十八条第一项卯款所谓的补助资料，其重要性未必低于其他法律制度高等法院的裁决。国家法院的裁决(作为确定法律原则的辅助手段)所作论述的权威性，本质上在于其论理的质量及其与国际法的相关性。