

第七章

确定国际法规则的辅助手段

A. 导言

59. 委员会第七十三届会议(2022年)决定将“确定国际法规则的辅助手段”专题列入工作方案，并任命查尔斯·切尔诺·贾洛先生为特别报告员。²¹² 在第七十三届会议上，²¹³ 委员会还请秘书处编写一份确定委员会以往工作中可能与本专题今后工作特别相关的内容的备忘录，提交第七十四届会议(2023年)，并编写一份调查国际性法院和法庭以及其他机构可能与本专题今后工作特别相关的判例的备忘录，提交第七十五届会议(2024年)。

60. 此后，联大2022年12月7日第77/103号决议第26段注意到委员会决定将本专题列入工作方案。

B. 本届会议审议此专题的情况

61. 委员会本届会议收到了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/760)以及秘书处为确定委员会以往工作中可能与本专题特别相关的内容而编写的备忘录(A/CN.4/759)，委员会2023年5月16日至25日第3625至3632次会议审议了报告和备忘录。

62. 特别报告员的第一次报告论述了本专题的范围和委员会在工作中应处理的主要问题。报告还审议了：各国对本专题的意见；以国家实践和国际性法庭实践为基础的方法问题；委员会以往关于本专题的工作；国际法渊源的性质和作用及其与辅助手段的关系；《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的起草历史及其在习惯国际法中的地位。报告还初步评估了本专题的某些方面，包括司法决定、各国权威最高的公法学家的学说以及国家和国际性法庭在实践中用来确定国际法规则的其他可能的辅助手段，如单方面行为、国际组织的决议和决定以及专家机构的工作成果。特别报告员讨论了本专题的工作成果，并建议与委员会先前的相关工作保持一致，以结论草案作为最后的产出形式，其主要目的是根据现有的实践澄清法律。他提出了五项结论草案，并就本专题今后的工作方案提出了建议。

63. 在2023年5月26日第3633次会议上，委员会考虑到全体会议辩论期间发表的意见，决定将特别报告员第一次报告所载结论草案1至5送交起草委员会。²¹⁴

²¹² 在2022年5月17日第3583次会议上。根据委员会第七十二届会议(2021年)报告附件(《大会正式记录，第七十六届会议，补编第10号》(A/76/10)，附件)所载的建议，委员会第七十二届会议已将本专题列入委员会的长期工作方案。

²¹³ 在2022年8月5日第3612次会议上。

²¹⁴ 特别报告员在第一次报告中提出的结论草案如下：

“结论草案 1
范围

本结论草案涉及如何使用辅助手段确定国际法规则的存在和内容。

64. 委员会 2023 年 7 月 3 日第 3635 次会议审议了起草委员会关于本专题的报告(A/CN.4/L.985)并暂时通过了结论草案 1 至 3(见下文 C.1 节)。在 2023 年 7 月 31 日至 8 月 4 日举行的第 3651 次至第 3657 次会议上,委员会通过了本届会议暂时通过的结论草案 1 至 3 的评注(见下文 C.2 节)。

65. 委员会 2023 年 7 月 21 日第 3642 次会议审议了起草委员会提交的载有起草委员会暂时通过并经口头订正的结论草案 4 和 5 的补充报告(A/CN.4/L.985/Add.1),并注意到该报告。²¹⁵ 这两项结论草案的评注预计将在下届会议上通过。²¹⁶

结论草案 2

确定法律规则的辅助手段的类别

确定国际法规则的辅助手段包括:

- (a) 国家和国际性法院和法庭的决定;
- (b) 各国权威最高的公法学家的学说;
- (c) 源自国家或国际组织实践的任何其他手段。

结论草案 3

确定法律规则的辅助手段的评估标准

对用于确定国际法规则的辅助手段的评估依据是,所提出证据的质量、有关人员的专业知识、是否符合正式任务规定、有关人员之间的一致程度以及各国和其他各方的接受情况。

结论草案 4

法院和法庭的决定

- (a) 国际性法院和法庭关于国际法问题的决定是识别或确定国际法规则的存在及其内容的特别权威的手段;
- (b) 为(a)段的目的,应特别考虑到国际法院的决定;
- (c) 在某些情况下,国内法院的决定可用作识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。

结论草案 5

学说

各国权威最高的公法学家的学说,特别是那些反映学者一致观点的学说,可以作为识别或确定国际法规则的存在及其内容的辅助手段。”

²¹⁵ 该报告和起草委员会主席的相应声明可查阅《国际法委员会工作分析指南》：https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml。起草委员会暂时通过的结论草案 4 和 5 如下:

“结论草案 4

法院和法庭的决定

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

结论草案 5

学说

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

²¹⁶ 这两项结论草案的全体会议辩论摘要见下文第 84-108 段。

1. 特别报告员介绍第一次报告

66. 特别报告员介绍了他的报告，提出了一些一般性意见，并讨论了报告所载 10 个章节的结构和安排。他首先指出，辅助手段是国际法律体系的一个重要组成部分，因此，委员会认为，在辅助手段被列入《国际法院规约》第三十八条很长时间之后，对其加以澄清是有益的。他解释称，如报告第一章所述，报告的主要目的是为委员会关于本专题的工作奠定坚实基础，并征求委员会委员和各国的意见。他指出，原则上，作为本专题基础的《国际法院规约》第三十八条是针对国际法院法官提出的适用法律条款，并被各国、从业人员和学者普遍视作对国际法渊源的最权威表述。他回顾称，对本专题的审议是对委员会关于《国际法院规约》第三十八条所列渊源的工作的最后补充。第三十八条被视作习惯国际法的一个既定部分，并在国家和国际实践中得到广泛使用，这一事实表明，委员会根据采用辅助手段确定国际法规则的实际方式，采取谨慎和严谨的方法，可以为各国、国际组织、法院和法庭以及被要求使用辅助手段协助确定国际法规则的各方提供有益的指导。

67. 关于第二章，特别报告员指出，会员国在第六委员会对将本专题列入委员会工作方案的反应总体上是积极的。他指出，24 个代表团在第六委员会表示支持审议本专题，以补充和完成委员会先前关于国际法渊源的工作，并表示审议本专题有助于避免国际法不成体系问题的某些负面后果。他指出，即使是在 2021 年联大辩论期间最初显得犹豫不决的少数几个代表团，到 2022 年似乎也接受了委员会的决定。唯一的例外是在 2021 年提出委员会可能会发现很难让各国对本专题感兴趣并提供投入的代表团。特别报告员还指出，委员会希望各国提供资料，说明各国，包括其国内法院如何利用辅助手段确定国际法规则。他对提交书面评论的两个国家表示感谢，并希望来自所有地理区域的更多国家都能与委员会分享相关实践，因为这有助于加强委员会关于本专题工作的实际意义和效用。

68. 特别报告员接着提及第三章，其中提出了三个要点供委员会审议。首先是辅助手段的来源、性质和范围：报告的这一部分讨论了国际法律体系中渊源的性质和作用，主要侧重于理论问题，以及对国际法渊源及其与辅助手段的相互作用的不同思考方式如何影响委员会关于本专题的实际工作。与这一讨论相关的一个关键问题是辅助手段范围的大小。换句话说，除了司法决定(并澄清其范围)和学说(并澄清其范围)之外，相关工作是否应反映几十年来国际法学者，包括法院和法庭，在使用一系列其他辅助手段和材料确定国际法规则方面的实践。报告详细分析了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的起草历史。他指出，报告接着对第三十八条第一款(卯)项的各项内容进行了系统的案文分析，并探讨了处理确定国际法规则的其他辅助手段的可能性。

69. 本专题的第二个要点涉及辅助手段与国际法渊源，即条约、习惯国际法和一般法律原则之间的作用和关系。特别报告员强调，有一些问题需要解决，包括赋予国际性法院和法庭的决定的权重和价值，以及《国际法院规约》第三十八条和第五十九条之间的关系，特别是是否存在事实上的先例制度。他解释称，还需要审查这一观点：在解释和适用条约、习惯国际法和一般原则时，司法机构的结论可以作为确定义务的基础。

70. 本专题的第三个要点涉及澄清其他辅助手段的机会。特别报告员建议，委员会可以探讨确定国家义务存在的辅助手段的演变，例如国家的单方面行为和声

明、国际组织的决议以及专家机构，特别是各国和国际组织为履行某些职能而设立和授权的专家机构的工作成果。他认为，委员会在选择要研究的具体辅助手段时，应谨慎并严谨地行事，不应阻碍国家和国际组织实践中所体现的国际法的发展。

71. 特别报告员指出，国际法的连贯性和统一性问题(有时被称为不成体系问题)可能影响本专题的范围和效用。他指出，他在 2021 年编写本专题的提纲时曾认为，关于同一法律问题的相互冲突的司法决定问题可能不属于本专题的范围。然而，鉴于这一问题与审议司法决定的相关性，以及委员会迄今尚未处理该问题的实质内容，他请其他委员就是否应将不成体系问题置于本专题范围之外发表评论。他还表示，虽然应由委员会在履行各国赋予的独立任务时根据科学评估就这一事项作出决定，但委员会在决定之前最好先考虑到各国在第六委员会的意见。

72. 特别报告员还提及工作的可能成果的形式。他认为，最好采取附有评注的结论草案的形式，这与国际法委员会处理有关国际法渊源的其他专题的做法相一致，并在第六委员会得到了各国的支持。

73. 特别报告员在报告第四章审议了方法问题，并指出，研究本专题需要全面审查关于本专题的各种第一手和第二手材料以及法律学术专著。他提及，应关注国内法院和国际性法院关于国际法问题的决定，以及法院和国家在多大程度上采用了与国际法院类似的方法。他强调，相关分析应依靠来自世界所有国家、区域和法律体系的尽可能有代表性的材料。特别报告员建议，委员会可以按照最近完成的专题的做法，列入一份多语文文献目录，作为本专题工作的一部分。他强调，这一文献目录必须代表世界各区域和法律体系，并请委员会委员和各国提出可列入的项目，特别是以联合国所有正式语文提出。

74. 特别报告员接着在报告第五章分析了委员会在以往工作中使用辅助手段的情况，并提及秘书处为调查委员会以往与辅助手段有关的工作而编写的备忘录。他指出：(a) 委员会的工作普遍使用司法决定和学说，但同其他材料一样，这一使用的性质和程度因所审议的专题而异；(b) 委员会普遍使用司法决定，并认为这些决定可被视为类似于国际法的主要渊源；(c) 委员会更多地依赖司法决定而不是学说；(d) 委员会在某些情况下依靠学说来确定国家实践，并且对个别学者的工作与专家组的工作给予不同程度的重视。

75. 报告第六章讨论了国际法律体系中渊源的性质和作用。特别报告员表示，他打算将辅助手段置于国际法渊源的更广泛背景下，并试图解决一些理论上的争论，包括对国际法的形式渊源和实质渊源的提及。他强调《国际法院规约》第三十八条的相关性，并指出，该条款引起了某些位阶问题。这些问题包括：渊源是否按特定的顺序列出从而表明存在位阶，辅助手段的作用和地位是什么，以及主要渊源和次要渊源之间是否存在区别。

76. 第七章着重介绍了《国际法院规约》第三十八条的起草历史，特别是该条款起草者关于辅助手段在确定国际法规则方面的适当作用的辩论和共同立场。他回顾称，《常设国际法院规约》和《国际法院规约》都列入了第三十八条。

77. 特别报告员就《常设国际法院规约》的起草工作提出了四点意见。他首先指出，起草历史证实，在起草第三十八条时，对司法决定和学说的作用存在不同的意见。有人认为，法官只能适用法律，而另一些人则认为，由于国际法中存在立法空白，以及习惯国际法的形成过程缓慢，因此国际法官也有发展法律的职能。

第二，他指出，根据《国际联盟盟约》²¹⁷ 第十四条的授权设立的法学家咨询委员会(咨询委员会)的成员认为，学说的作用是协助客观地确定是否存在各国同意的、可适用于具体案件的规则。第三，咨询委员会的辩论表明，大多数成员都认为，原则上，在确定国际法规则的过程中，司法决定和学说都很重要。他指出，司法决定和学说都有助于解决实际的法律问题。第四，咨询委员会就是否应按先后顺序使用第三十八条中的渊源指导司法任务进行了辩论：一些咨询委员会成员认为的确应该如此，而另一些成员则认为，该清单只意味着应系统地处理这些渊源。

78. 报告第八章分析了第三十八条的内容，先审议其一般含义，然后论述其内容。特别报告员提出了两项初步意见：第一，辅助手段不是第三十八条所列前三个渊源那样的形式意义上的渊源，而是表明法院可以从何处找到证明规则存在的证据的文献渊源或辅助渊源，虽然包括国际法院在内的法院出于法律确定性和稳定性的原因，确实更多依赖其先前的司法决定而不是学术著作，这种做法也见于各国；第二，原则上，学说和司法决定被置于相同的地位，发挥互补作用，二者之间没有任何位阶之分。

79. 特别报告员在第九章中分析了可被视为确定国际法规则的辅助手段的其他材料。该章审议了《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的非详尽性，在实践中发现的可能的辅助手段，以及如何区分辅助手段和证明国际法规则存在的证据，并初步讨论了给予这些材料权重的问题。

80. 特别报告员指出，《国际法院规约》第三十八条只是对国际法院的一项指示，其目的不一定是详尽无遗地列举国际法的渊源。尽管如此，第三十八条被广泛视作关于国际法渊源的权威性说明，虽然在某些情况下并不全面。他补充说，在这一背景下，委员会可以通过澄清辅助手段的作用和尝试确定可作为辅助手段的候选材料来增加价值。他还列举了在法律学术中发现的一些主要例子，包括国家的单方面行为或声明、国际组织的决议或决定、国家与跨国企业之间的协定、宗教法、衡平法和软法。

81. 特别报告员指出，单方面行为可根据具体情况被视为具有约束力或不具约束力，国际组织或政府间会议的决议也可能具有或不具约束力。他补充说，辅助手段将具有不同程度的权重和权威，这主要取决于法律背景、起草方式和参与起草的个人的专业知识。在评估某一特定来源的权重时，需要考虑的其他因素包括编制材料的机构的任务授权，以及相关机构内部和外部的一致程度。

82. 特别报告员回顾称，他曾初步赞成将国际组织的决议和决定以及专家机构的工作列为相关的辅助手段。然而，他认为不应处理单方面行为和宗教法，原因有很多，包括不能确定某些可作为确定国际法规则的辅助手段的单方面行为和宗教法是否不是国际法的形式渊源。

83. 特别报告员最后在第十章中提出了五项结论草案和一项暂定工作方案。特别报告员还提出，第二次报告将讨论辅助手段的作用并研究司法决定，而第三次报告将专门讨论学说，并酌情讨论其他辅助手段，包括研究个人、私人专家机构以

²¹⁷ 《国际联盟盟约》(1919年4月28日，凡尔赛)，国际联盟，《公报》，第1号，1920年2月，第3页。

及国家设立的专家机构的作用。他表示，如果拟议的时间表得以保持，委员会可以在 2025 年一读通过整套结论草案。

2. 全体会议辩论摘要

(a) 一般性评论

84. 委员们欢迎特别报告员的第一次报告。委员们还一致认为，本专题的工作具有实际的重要性和相关性，其本身具有内在价值，但委员们也考虑到委员会需要完成《国际法院规约》第三十八条剩下的最后一个方面，即确定国际法规则的辅助手段方面的工作。委员们同意特别报告员的意见，即辅助手段与《国际法院规约》第三十八条第一款(子)项至(寅)项所述渊源不同，并不是国际法的渊源。

85. 委员们还强调，辅助手段的作用是协助确定国际法规则。因此，委员会应详细说明辅助手段的功能，并界定“确定”规则的含义。

86. 关于术语，一些委员认为，应当回顾，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的法文版和西班牙文版所用的术语明确指出了相关材料的辅助功能，这确认了它们不是国际法的渊源。但这并不表明辅助手段在实践中不重要，只是指出它们在确定国际法规则的过程中起辅助作用。

87. 委员们达成了共识，认为有必要尽可能与委员会以往关于国际法渊源的其他专题的工作保持一致，包括最近完成的关于习惯国际法的识别、一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果的工作，以及正在进行的关于一般法律原则的工作。但这不应妨碍本专题的特殊需要。

88. 委员们普遍认为，确定国际法规则的辅助手段这一类别不一定是详尽无遗的。有人就本专题可审查的其他手段提出了若干建议。在这方面，一些委员赞成进一步分析专家机构的工作和国际组织的决议。另一些委员还认为，委员会应研究能够产生法律义务的某些类型的单方面行为，作为可用于确定国际法规则的其他辅助手段的一部分。还有一些委员告诫不要过度扩大辅助手段的类别，建议扩大现有的辅助手段类别时纳入那些可以单独处理的新的辅助手段。

89. 一些委员提及法官知法原则及其与辅助手段的可能关系。因此，他们认为，法官的职责是了解法律。有人建议，委员会应考虑这可能对其处理本专题的方法产生何种影响(如果有的话)。另一些委员提及代表争端各方的律师的职能，他们通常积极主张对法律内容的特定解释或理解，从而表明确定规范不是法官的专属任务。这加强了本专题研究工作的实际意义。

90. 委员们普遍表示，支持对赋予辅助手段的权重进行研究。一些委员认为，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项没有区分司法决定和学说。另一些委员认为，在实践中，司法决定具有更大的权重。一些委员建议，应为将国内法院的决定作为辅助手段制定更多的标准，并应考虑国际组织和机构的决定和决议。

(一) 本专题的范围和成果

91. 委员们普遍同意特别报告员第一次报告提出的供委员会审议的问题，即：
(a) 辅助手段的来源、性质和范围；(b) 辅助手段的作用及其与国际法渊源的关系；(c) 确定国际法规则的其他辅助手段。委员们普遍同意，《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项提及的辅助手段并非详尽无遗，委员会应详细说明除这

一类别中包含的手段外，用于确定国际法规则的其他可能的辅助手段。一些委员同意特别报告员的意见，认为能够产生法律义务的国家单方面行为不应被视为辅助手段。几位委员一致认为，还有其他辅助手段值得委员会进一步审议，包括单方面行为。经常提及的有国际组织和机构的某些决议和决定，以及私人专家机构和条约机构的工作成果，所有这些都可以帮助确定国际法规则。然而，一些委员对于将国际组织的决议用作辅助手段表示怀疑，因为这些决议更多的是与国际法的解释或形成过程有关。

92. 委员们一致认为，辅助手段的主要作用是协助确定规则。有人建议列入一项关于作用的结论草案，其中还可提及使用辅助手段解释其他渊源或确定某些规则的效力和法律后果。还有人建议列入一项处理辅助手段与国际法渊源之间关系的结论草案。

93. 有人建议委员会审议国际法规则的形成、解释和识别之间的区别。还有人建议，委员会的审议可以详细说明《维也纳条约法公约》²¹⁸ 规定的补充解释资料与确定国际法规则的辅助手段之间的区别。

94. 还有人表示支持重点关注使用辅助手段的实际方面。有人认为，委员会应避免过多的理论讨论，而应专注于现有法律和实践。一些委员认为，对国际性法院和法庭相互冲突的决定的分析自然属于本专题的范围。他们认为，委员会对这一事项的澄清可能有助于为从业人员提供指导。另一些委员提出，事实证明，不成体系更多的是理论而非实际层面的问题，因此不应审议国际法不成体系问题。另一些委员指出，必须提及国际性法庭的激增以及国际法的交叉促进和协调现象。

95. 有人表示，支持在结论草案中以及在评估辅助手段时提及代表性的程度。这种代表性应涵盖几个方面，包括对区域分布、法律传统和性别的考虑。

96. 关于本专题的成果，委员们普遍认为，没有必要背离委员会先前的决定，即以结论草案作为本专题适当的产出形式，因为这与以往相关专题的做法一致。有人认为，指南草案也可以是一种适当的成果。一些委员表示支持和赞赏特别报告员关于编写一份多语文献目录作为委员会本专题工作一部分的建议。

(二) 方法

97. 委员们普遍同意特别报告员提出的方法，其中包括对实践和文献的仔细研究。一些委员指出，虽然国家实践及国际性法院和法庭的判例是一个好的起点，但国内法院的判例、国际组织的产出以及学术文献也是相关的。委员们还提出，对本专题的审议需要以更多语文提供来自世界不同地区、涉及不同法律传统的更加多样化的来源和参考资料，这将有助于加强委员会关于本专题工作的实用性和正当性。

98. 一些委员认为，在审议法庭的实践方面可能存在一些方法上的困难，因为一些辅助手段，特别是学说，虽然经常被参考，但却并非总被法院裁决正式引用。一些委员还强调，在分析各法庭使用辅助手段的情况时，必须牢记其适用的法律条款。

²¹⁸ 《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443页。

(b) 结论草案 1 至 3

99. 委员会本届会议暂时通过了附有评注的结论草案 1 至 3(见下文 C 节)。因此,按照委员会的惯例,本报告不包括关于这些结论草案的全体会议辩论摘要。

(c) 结论草案 4

100. 关于结论草案 4(法院和法庭的决定),²¹⁹ 几位委员指出,该结论草案与涉及法院和法庭的决定的结论草案 2 重叠,并进一步发展了结论草案 2。一些委员提出,需要考虑国际性法院和法庭的决定对确定国际法规则具有特别权威性的含义。

101. 委员们一致认为,虽然国际法中一般不存在司法先例制度,但一致性和可预测性仍有价值。有人要求对结论草案采取一致的做法,并指出,特别报告员第一次报告中提出的结论草案 1 至 3 提及国际法规则的确定,而提出的结论草案 4 和 5 则提及国际法规则的存在及其内容的识别或确定。

102. 一些委员认为,应结合实际情况考虑国际法院决定的权威性,在某些情况下,其他国际性法院和法庭的决定可能因其在某一特定主题上的专门知识而更具相关性。其他委员赞同总体上提及国际法院决定的重要性。其中一些委员强调,委员会以往关于已完成专题的结论已经给予了这些决定特别关注。

103. 委员们普遍强调,有必要制定更多专门适用于国内法院决定的标准。另一些委员支持特别报告员的论述,包括必须谨慎处理一些国内法院的决定。另一些委员认为,只有适用国际法的国内法院的决定才可被视为构成确定国际法规则的辅助手段。

(d) 结论草案 5

104. 关于结论草案 5(学说),²²⁰ 委员们支持对各国权威公法学家的提及,并强调学术著述应代表世界主要法律体系和区域。委员们还强调,学说可能会影响《国际法院规约》第三十八条以外的国际法。

105. 委员们还认为,论证的说服力和质量应该是比著述者的权威性更重要的标准。有人质疑,为什么观点的“一致”应成为一项标准,并询问这一因素如何与结论草案 3 所列因素相关。有人建议,评注应解决关于学者一致观点的问题。一些委员认为,不应列入学者的一致观点,因为这可能意味着要求达成共识。有人建议以材料的质量、著述者的声誉以及分析他们的立场是否被同行接受或质疑等其他标准审议学说。

106. 有人指出,应当解决所使用的学说缺乏多样性的问题。还有人建议,应将代表性标准,包括对区域分布、法律传统、性别和种族多样性的考虑列入结论草案 5 或一项单独的结论草案。

²¹⁹ 特别报告员最初的提议见上文脚注 214,起草委员会在全会辩论后暂时通过的案文见脚注 215。

²²⁰ 特别报告员最初的提议见上文脚注 214,起草委员会在全会辩论后暂时通过的案文见脚注 215。

107. 还有人建议，委员会可在评注中详细阐述红十字国际委员会等机构的工作状况，或法官的个人意见和联合个别意见等其他不属于学说范畴的材料的可能价值。

(e) 今后的工作方案

108. 委员们普遍支持特别报告员关于处理辅助手段的来源、性质和作用并侧重于司法决定及其与国际法渊源关系的建议。他们认为，特别报告员下一份报告对这一问题的分析可以通过请秘书处就调查国际性法院和法庭以及其他机构的判例编写备忘录加以补充。虽然大多数委员同意特别报告员所提暂定工作方案中的拟议时间表，但一些委员建议谨慎行事。有人回顾称，需要更多时间来完成涉及渊源的某些其他专题的审议。

3. 特别报告员的总结

109. 特别报告员在辩论总结中欢迎委员会委员对本专题的关注。他指出，委员们在全体会议辩论期间的广泛参与表明了本专题对各国和国际法从业人员的重要性和实际意义。他强调，虽然个别委员的侧重点可能会有不同或持有的观点有细微差别，但委员们在辩论中对所提出供讨论的实质性问题达成了共识，事实证明，这是一场激发智慧、内容丰富的辩论。他回顾称，他的方法，包括他的第一次报告讨论的本专题的拟议范围和成果得到了大力支持，这很重要。委员们已就本专题的三个要点达成共识。在这方面，委员们一致支持审议《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项明确提到的两类具体的辅助手段，即司法决定和学说。

110. 他还回顾称，委员们还就第三十八条并非详尽无遗达成了共识，因此，如果要证明该专题对国际法从业人员实际有用，那么第三十八条将只是委员会审议该专题的起点，而不是终点。他认为，委员们已达成了普遍共识，认为还存在其他用于确定国际法规则的辅助手段，这些手段普遍存在于国家和国际组织的实践中，因此正属于本专题的范围。他认为，在不妨碍他在今后报告中处理其他问题的情况下，根据研究得出的实际情况并考虑到各国的意见，委员会至少应在本专题中处理专家机构的工作成果以及国际组织的决议和决定，以澄清它们作为确定国际法规则的辅助手段的作用。

111. 特别报告员注意到，委员们普遍支持以附有评注的结论草案作为委员会最后工作成果的形式，因为本专题的目的是澄清确定国际法规则的辅助手段的各个方面，而且这种成果形式与委员会以往的工作保持一致。他还指出，本专题使用这种成果形式(主要体现为编纂)并不妨碍委员会根据其 1949 年以来的既定做法在必要时进行逐渐发展。

112. 关于使用辅助手段的方法，他回顾称，有人表示支持遵循委员会和各国的做法，并酌情遵循国际组织和其他各方的做法。特别报告员还指出，委员们普遍同意拟议的专题范围，并同意仔细分析《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项所具有的核心意义，他们认为这是一个起点，但不一定是对委员会工作的限制。他特别强调了该条款的习惯国际法性质，以及近一个世纪的实践证实了其他辅助手段被广泛使用。

113. 特别报告员指出，一些委员提出的关切涉及《国际法院规约》第三十八条案文的非英文文本，即分别涉及法文本和西班牙文本中的“*moyens auxiliaires*”

和“*medios auxiliaires*”。他强调使用多种语文的重要性，并回顾称，使用英文、法文和西班牙文起草的做法将有助于确保在所有正式语文中传达相同的含义。

114. 特别报告员回顾称，本专题的提纲提出了与司法决定和学说有关的三个问题，以及这两个类别的范围。他指出，几位委员讨论了其中一些问题，委员们普遍认为，应与委员会以往的工作保持一致，从广义上理解司法决定这一类别并纳入咨询意见。

115. 特别报告员还指出，委员们支持提及国际法院的决定，这也与委员会最近的工作相一致。他指出，虽然这些决定特别相关，尤其是与一般国际法的问题特别相关，但不应将这种提及理解为表明法院或决定之间存在位阶之分。他还回顾称，第一次报告提及专门法庭工作的重要性，这些法庭可能在各自职权范围内作出相当具有权威性的决定和裁决。无论如何，在国际法这样一个去中心化的体系中，每个法院都有自己的规约，决定的质量及决定是否符合各自领域的规范将是非常重要的。

116. 特别报告员指出，一些委员提出了是否应在本专题工作中纳入某些机构的决定的问题，例如仲裁小组、调解委员会、世界贸易组织的争端解决制度、调查委员会和其他不具司法性质的机制的决定。他还指出，在提及仲裁法庭时，应考虑到某些特殊性，审理投资人与国家间案件的仲裁庭可能属于本专题的范围。特别报告员还指出，委员们普遍支持纳入国际人权条约机构的决定。他回顾称，委员们曾讨论过纳入这些决定的适当方式，是将其作为司法决定，还是放在一个单独的类别下。他解释称，他打算在今后的报告中审查多项所提出的建议。

117. 特别报告员指出，委员们已达成了普遍共识，认为提及国内法院关于国际法问题的决定可能特别相关，而其他几位委员强调在审查这些材料时需要谨慎行事。他补充说，在对一项公认的国际法规则进行比较调查时，国内法院的决定有可能成为辅助手段。他还强调，正如委员会在其最近的工作中指出的，国内法院的决定发挥着双重作用，既可作为国家实践的证据，也可作为确定国际法规则的存在及其内容的一种辅助手段。此外，特别报告员还指出，委员们提到在考虑司法管辖区、法律传统和世界区域方面必须确保多样性。

118. 关于第二类辅助手段(学说)，特别报告员指出，大多数委员提及了学者的个人和集体著作。另一些委员呼吁在可被视为其他辅助手段的个人或集体学说以及专家机构的工作成果之间进行区分。特别报告员称，他打算根据第一份报告所载的分析，提出一套独立的结论草案，以处理私人 and 公共机构或国家授权机构的当代作用以及它们之间的区别。特别报告员指出，他将考虑一些委员的建议，在今后的报告中讨论辅助手段的其他作用。

119. 特别报告员指出，多位委员提及公法学家的多样性问题，以及一些法院和法庭过度依赖关于英美传统的材料和局限于少数几种语文和法律传统的问题，还提出了关于主张性别多样性的建议。他回顾称，他的第一次报告提出了多个可能影响对国际法普遍性认识的多样性问题，甚至包括委员们未曾辩论过的方面的问题，如在国际法院出庭的律师的国籍不平衡问题。无论如何，他欢迎委员会委员对在工作中，特别是在本专题工作中确保代表性持开放态度甚至表示支持。

120. 在司法决定方面，他指出，他打算更详细地研究《国际法院规约》第三十八条和第五十九条的关系、国际法中的先例(依照先例)或缺乏先例的概念以及这

一概念与第三方权利的联系，委员们对此表示支持。特别报告员指出，委员们广泛同意，一般国际法中不存在正式的先例(依照先例)制度，同时承认，遵循先前案件采用的法律推理方法并不等同于受以往决定的约束。他补充说，国际争端当事方以及国际性法院和法庭的法官出于法律确定性和可预测性的原因，普遍依赖自己先前的决定，尽管这并非强制性做法。他补充说，有人提及法庭偏离其一贯做法的某些案件，相关结论草案的评注可以就此澄清：司法决定作为辅助手段的权威性也取决于背景因素。

121. 关于第三类“其他辅助手段”，特别报告员回顾称，有几位委员同意他提出的将能产生法律义务的国家单方面行为排除在外的建议。他还称，许多委员支持将国际组织的决议作为其他辅助手段列入。他指出，另一些委员认为，国际组织的决议只能作为习惯国际法等某些渊源要素的证据，但本身不是辅助手段。然而，他指出，同国内法院的决定一样，在实践中不存在决议无法发挥双重作用的原因，即决议既可以作为确定源自既定渊源的法律规则时考虑的要素，也可以作为确定这种规则的辅助手段。特别报告员回顾称，拟议的其他辅助手段包括不具约束力的决议、衡平法、仲裁裁决、宗教法和监管组织的某些类型的决定。他不认为文献中提及的一些潜在辅助手段的备选项值得委员会进一步审查。他认为，其中一些备选项，例如国家单方面行为和宗教法，甚至不属于确定国际法规则的辅助手段的范畴。无论如何，委员会先前曾审查过其中一些备选项，例如单方面行为。他认为没有必要重新讨论这些问题，也没有必要审查宗教法等政治上敏感的事项。

122. 关于是否应审查国际法的统一性和连贯性，至少审查不同法院和法庭的司法决定可能相互冲突的问题，特别报告员指出，一些委员认为，最好不审议该问题，因为委员会已经研究过国际法不成体系的问题，并表示不成体系的问题不会在实践中造成困难。另一些委员认为，不成体系问题，特别是国际性法院和法庭激增导致的司法决定相互冲突的风险是一个相当重要的问题，本专题是澄清这一问题的机会。另一些委员建议，可在评注中提及这一问题，或以不妨碍条款的方式加以处理。特别报告员自己也同意，决定相互冲突的问题虽然有时很复杂，但也很重要，很有可能成为一个委员会可在其中寻求增加实际价值的领域。他解释称，委员会在国际法不成体系问题研究组 2006 年的报告²²¹ 中仅指出，判例相互冲突的问题涉及法庭之间的机构权限和位阶关系，最好留给它们自己处理。因此，委员会没有实质性地处理这个问题。无论如何，他坚定地认为，虽然应由具有独立性的委员会基于科学评估就该问题作出最终决定，但鉴于该问题对专题范围的潜在影响，请各国和其他各方在第六委员会表达意见并认真予以考虑特别重要。因此，他强调，有必要请各国就他的第一次报告所提的这一问题和其他问题提出意见，因为毕竟委员会希望各国将是委员会工作的主要受益者。他表示打算今后再次讨论这一问题。

123. 关于列入多语文献目录的建议，特别报告员指出，一些委员提供了来自不同司法管辖区的学术著作和国家实践。他指出，请委员们和各国提供资料是为了解决审议辅助手段方面代表性不平等的问题，并确保委员会的工作更具多样性和正当性。

²²¹ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)(增编 2)，A/CN.4/L.682 和 Add.1 号文件。

124. 特别报告员指出，拟议的工作方案得到了普遍支持。他还表示，他的第一次报告提出的今后工作的拟议时间表是暂定的，可以为适当地处理实质问题加以调整。他忠于科学严谨性，不赞成以牺牲工作的实质和严谨性为代价来加快对本专题的审议。

125. 关于今后工作的实质内容，特别报告员表示，他打算在下一份报告中讨论法院和法庭的决定以及法院和法庭如何利用辅助手段确定国际法规则。²²² 秘书处为调查国际性法院和法庭以及其他机构的决定而编写的备忘录将说明此类法院和法庭如何使用辅助手段，他相信这一备忘录将有助于委员会明年的辩论。

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

126. 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：

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权重时，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。

²²² 见下文第十章。

2. 结论草案案文及其评注

127. 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，进一步澄清辅助手段的使用及其与国际法渊源的关系。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²²³的文字和精神，厘清和阐明确定国际法规则的辅助手段的作用。
- (3) 第二，本结论草案提供了使用辅助手段确定国际法规则的存在和内容²²⁴的一致方法。这种确定涉及两个主要方面：第一，在一些情况下，可能存在一个问题，即基于既定的国际法渊源之一，如条约、习惯国际法或一般法律原则，通过使用辅助手段，能否识别一项国际法规则，或确定其存在；第二，在其他情况下，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类别的可能扩大所产生的潜在深远影响表明，在使用辅助手段阐明国际法规则的渊源时，采用一贯和系统的方法至关重要。²²⁵这种方法应当有助于提升国际法的一致性、可预测性和稳定性。
- (4) 被视为国际法渊源方面权威表述的《国际法院规约》第三十八条是本结论草案的出发点。第三十八条第一款指示主要职能是依照国际法对各国陈诉的争端进行裁判的国际法院，在裁判时应适用：(子) 不论普通或特别条约，确立诉讼当事人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；

²²³ 《国际法院规约》，第三十八条，可查阅 <http://www.icj-cij.org/en/statute>。

²²⁴ 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)。虽然本专题中讨论的是辅助手段，而非国际法渊源，但同样的逻辑也适用于此。见特别报告员关于本专题的第一次报告(A/CN.4/760)。

²²⁵ 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。委员会应酌情以其先前已经获得各国普遍支持的、关于可用于确定国际法规则存在和内容的辅助手段的结论为基础，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”；结论14：“各国最权威的国际法专家的学说可用作确定习惯国际法规则的辅助手段”，《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”；结论草案9：“各国权威最高的公法学家学说可用作确定一般法律原则的辅助手段”，载于本报告第四章)，还是一般国际法强制性规范(强行法)(结论草案9，第1段：“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”；结论草案9，第2段：“各国或国际组织设立的专家机构的工作成果和各国权威最高的公法学家学说也可作为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)。

(寅) 一般法律原则为“各国”所承认者；²²⁶ (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) 第三十八条是《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²²⁷ 和唯一具有普遍管辖权的世界法院的《规约》，还源自各国和法庭以及法律学者在习惯国际法下对第三十八条的普遍接受和依赖，将其视为关于国际法渊源的权威表述。国家和国际组织的实践或既定文献均未暗示第三十八条详尽无遗地列举了国际法渊源或确定国际法规则的辅助手段。因此，除了可视为传统辅助手段的司法决定和学说外，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。不过，也有人认为，第三十八条第一款(卯)项所列的辅助手段可从广义上理解，以考虑当代的发展。

(6) 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²²⁸、一般法律原则²²⁹、一般国际法强制性规范(强行法)的识别和法律后果²³⁰ 以及与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践²³¹。

(7) 关于“结论草案”的规范价值，迄今为止，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要。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，是对确定国际法规则的辅助手段方面的实践所产生的规则的陈述。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渐发展的要素。

(8) 考虑到上述因素，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渐发展，委员会期望本结论草案可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。不过，由于本结论草案并不涵盖所有可能的辅助手段，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，将案文和所附评注一并阅读，本结论草案应能为各国、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，提供有益的指导。

²²⁶ 《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“各国”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。

²²⁷ 《联合国宪章》第九十二条：“国际法院为联合国之主要司法机关，应依所附规约执行其职务。该项规约系以国际常设法院之规约为根据并为本宪章之构成部分。”

²²⁸ 《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第五章，第 89-113 页，第 53-66 段。

²²⁹ 载于本报告第四章。

²³⁰ 《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。

²³¹ 《2018年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第四章，第 23-88 页，第 39-52 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。

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)，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。第一，与习惯国际法的识别专题中的范围规定类似²³²，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，即规定“应使用”辅助手段。《国际法院规约》指示国际法院适用司法决定和学说作为辅助手段，但同时又表示，法官可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》第三十八条第一款(卯)项实际上并不要求法院适用辅助手段。因此，委员会最终采用了本结论草案涉及“使用”辅助手段的表述，其命令性质弱于“应使用”一语。此外，倾向于使用这一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，虽然“确定国际法规则的辅助手段”这一提法源自《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项，但它与该条款的措辞并不完全相同，该条款提及的是确定“法律规则”。“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《规约》中含义更广的“法律规则”一词有时会用“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。同时，提及国际法规则不应被理解为先验地排除了可以协助确定国际法规则的其他法律规则。

(4) 第二，对《规约》第三十八条第一款(卯)项中“subsidiary(辅助)”一词在各种作准语文文本中的通常含义进行的分析²³³表明，它们具有辅助性质。

²³² 作为范围规定，结论 1 指出，“本结论草案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，结论 1，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段。

²³³ 在这方面，见《维也纳条约法公约》第三十三条。此外，根据《联合国宪章》第一百一十一条，中、法、俄、英、及西文各本同一作准。根据《宪章》第九十二条，所附《法院规约》是《宪章》的组成部分。因此，《宪章》以上述五种语文认证作准。根据联大 1973 年 12 月 18 日第 3190(XXVIII)号决议，阿拉伯文被列为联大及其所属主要委员会的正式语文和工作语文。

(5) 该词的英语表述源自拉丁语“subsidiarius”，指提供协助之物，“附属”、“补充”或“次要”之物；“提供额外支持或协助的事物；辅助、帮助”。²³⁴ 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”。²³⁵

(6) 第三，更具实质性的是，委员会对第三十八条第一款(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的研究发现，它们更准确地强调了辅助手段的补充或辅助性质。²³⁶ 其他作准语文文本也对“辅助”一词提出了相对狭义的理解，而不是像对英文文本中该词的通常理解那样宽泛。这些文本还确认，司法决定和学说的性质不同于《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性的，只是因为它们不属于本身即可适用的法律渊源。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，但仍然很重要。

(7) 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草案中确定，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”²³⁷。在得出上述结论之前，委员会还在其关于另外两个涉及《规约》第三十八条、因此尤其具有相关性的专题的工作中得出如下结论：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)。

(8) 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的司法决定相互作用，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，在解决该案的适用法律问题时，法院援引了其之前在各起北海大陆架案中的判决，即它需要适用“《规约》第三十八条列举的各种法律渊源”²³⁸，包括多边条约、习惯法和一般国际法，即使在它们相重叠的情况下。在大陆架案(突尼斯/利比亚)中，法院回顾指出，“虽然本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，本院也有义务适用《特别协定》的规定”，在提到北海大陆架

²³⁴ “Subsidiary”, *Oxford English Dictionary* (Clarendon, 3d ed., 2013). 可查阅 www.oed.com.

²³⁵ “Means”, 同上。

²³⁶ 中文和俄文本也体现了同样的理解。《宪章》和所附《规约》的阿拉伯文本不属于《宪章》第一百一十一条的范围，存在不同的译文。因此，委员会中讲阿拉伯语的委员在与联合国笔译员和口译员举行的一次会议中进行了有益的语言交流，最终认为“辅助手段”的更好译法是：وسائل احتياطية。

²³⁷ 在这方面，见题为“确定一般国际法规范强制性的辅助手段”的结论草案第1段及其评注第(1)至(4)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第10号》(A/77/10)，第44段，见第43-45页。另见关于习惯国际法的识别的结论，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”)。

²³⁸ 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82-85页。

案的判决时，法院指出，国际法要求“按照公平原则并考虑到所有相关情况”进行划界。²³⁹

(9) 同样，在緬因灣案中，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。²⁴⁰ [强调是后加的]

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，包括其之前在緬因灣案中作出的“实质性”决定。²⁴¹最后，在边界争端案(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，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”。²⁴²法院认为适用于该案的规则包括非殖民化遗留边界的不可改变原则(占领地保有原则)，为此，法院援引了其之前在边界争端案(布基纳法索/马里共和国)和边界争端案(贝宁/尼日尔)中的判决。²⁴³

(10) 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)，而作为动词，“确定”还可指“决定”(第(13)段将对此作出解释)。在第一种含义下，“确定”“仅限于弄清楚现行法律是什么”。²⁴⁴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。

(11) 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，即国际公约或条约、国际习惯和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，以往的司法决定作为辅助

²³⁹ 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。

²⁴⁰ 緬因灣地区海洋边界划界案，判决，《1984年国际法院案例汇编》，第246页起，见第290-291页，第83段。

²⁴¹ 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。

²⁴² 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。

²⁴³ 同上，第63和66段。

²⁴⁴ M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), p. 76.

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了条约中的某项规则并对其作出了某种解释，如《联合国宪章》第二条第一款中的所有国家主权平等原则。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可能有助于解决当事方之间的争端。

(12) 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，将需要更多地分析辅助手段和渊源之间的相互作用。这是因为无论是习惯国际法的证明，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的存在和内容。不论参考的渊源是什么，援引以往司法决定作为辅助手段并不意味着后者是法律渊源；它只说明该决定本身可以提供证据，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，因为一般国际法中没有司法先例(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)。

(13) 但是，除了上文第(10)段所述的含义外，“确定”一词作为动词还可以表示说明法律。在一些情况下，虽然从形式上来说，第五十九条将继续适用，但法院往往引用其在以往决定中确定过内容的规则。在大多数情况下，法院在引用时，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，不会每次都从头开始。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”。²⁴⁵ 出于法律安全的原因，²⁴⁶ 法院本身不仅会援引其以往的决定，还经常试图解释基于以往决定的先前立场，或者说明偏离以往决定的理由。²⁴⁷

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。

²⁴⁵ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

²⁴⁶ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决，《2007年国际法院案例汇编》，第43页起，见第90-92页和第101页，第116、120和139段(“116. 无论在国际上还是在国内，既判力原则都有两个目的，一个是一般目的，另一个是具体目的。首先，法律关系的稳定要求结束诉讼。根据《规约》第三十八条，国际法院的职能是‘裁判’，即终结‘陈诉的各项争端’。其次，已作出有利于当事一方的裁判的问题不应再次争论，这符合当事各方的利益。《规约》第六十条阐明了判决的这种终局性。剥夺诉讼当事人已经获得的判决利益，通常应被视为违反了通过法律解决争端的原则。”)。

²⁴⁷ 例如见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，《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)。

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，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，大致沿用了其中的措辞，并进行了下文所述的调整。第三类辅助手段涉及一个事实，即存在实践中通常用于协助确定国际法规则的其他手段。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。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，因为它们是人类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。上述措辞被缩短为“法院和法庭的决定”和“学说”。此外，还有第三个类别，即“任何其他手段”。后者包括第三十八条未明确提及但实践中已经出现、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，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²⁴⁸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。审查《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，并不能立即看出其中载有“judicial decisions”一词的任何明确定义。在实践和本专题中，关于“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“法院和法庭的决定”这一更宽泛的用语。

²⁴⁸ 例如，习惯国际法的识别专题结论 13 的标题：“法院和法庭的判决”。《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65 段。

(6) “decisions(决定)”一词应理解为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。虽然这种决定，尤其是司法决定，通常将由法院作出，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的适当裁决机构作出。与此有关的是，对于国际法院或其他国际性法院的决定，应当澄清，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附带程序或中间程序中下达的命令。²⁴⁹ 后者将包括国际性法院和法庭下达的临时措施命令。²⁵⁰ 从广义上理解，“decisions”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，委员会与其以往的工作成果保持一致，选用了含义较广的“decisions”一词，而不是《规约》第三十八条第一款(卯)项中的“judicial decisions”，其好处在于涵盖各类机构下达的决定。

(7) “法院和法庭”一语一般应作广义理解。它既包括国际性法院和法庭，也包括国内法院(national courts, 有时称 municipal courts)。广义上，它包括国际法院、国际海洋法法庭、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以及投资法庭等。提及法院和法庭时，还包括区域司法机构，如非洲人权和民族权法院、欧洲联盟法院、西非国家经济共同体(西非经共体)法院、欧洲人权法院和美洲人权法院。

(8) 为明确起见，虽然将在后面的结论草案中详细阐述，但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运作：这包括一些但不是所有的所谓“混合”法院，其属事管辖权和组成情况具有混合性。²⁵¹ 在此，可以指出，国内法院的决定起到双重作用，除了作为辅助手段，还可能是国家实践的表现，可作为认定法律确信或确定存在不同法律体系共同原则的依据。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。²⁵² 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。

(9) 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 和今后的结论草案中进一步详细阐述。

²⁴⁹ 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。

²⁵⁰ 关于习惯国际法的识别的结论，结论 13 评注第(5)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 段，见第 109-110 页。

²⁵¹ 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，这虽然只是一个起点，但也方便了我们的工作：关于习惯国际法的识别的结论，结论 13 评注第(6)段，《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 109-110 页。

²⁵² 同上，第 65 段，关于习惯国际法的识别的结论，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。

(b)分段——学说

(10) 《规约》第三十八条第一款(卯)项指示国际法院适用“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(a)分段中的类别即“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。国际法院和常设国际法院在实践中均未将学说界定为一个类别。因此，简要审查这个词的常见含义是有益的。

(11) 在本结论草案中，如将在结论草案 5 中所进一步解释的，委员会决定使用“学说”一词来描述第二种既定辅助手段类别。委员会讨论了是否可以使用第三十八条第一款(卯)项所载的“权威最高之公法学家”这一提法。该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“各国权威最高之公法学家学说”，比简洁的“学说”一词更可取。

(12) 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(即各国权威最高之公法学家)的学说。应特别注意各个领域知名学者的著作。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，归根结底，更加重要的是著作的质量。

(13) “学说”一词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。²⁵³ 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”。²⁵⁴ 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。

(14) (a)分段涉及法院和法庭的决定，结论草案 4 对此作了进一步阐述，从结论草案 5 开始，今后的结论草案将阐述学说的性质和代表世界不同法律体系和地区的必要性。²⁵⁵ 结论草案 5 明确指出，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。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人专家机构的工作成果。国家授权的机构如国际法委员会所编写的案

²⁵³ 关于习惯国际法的识别的结论，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；以及秘书处关于使用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)。

²⁵⁴ 同上。另见特别报告员迈克尔·伍德爵士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。

²⁵⁵ 结论草案 5 的评注将在委员会下届会议上审议。

文可区别于“公法学家学说”。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“公法学家学说”。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

(15) 结论草案 2(c)分段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，但最关键的可能包括专家机构的工作成果和国际组织的决议/决定，对此别处已有解释。²⁵⁶ 这些候选者将在今后的结论中加以审查。有人认为，最好是根据今后关于其他辅助手段问题的工作来理解本分段。

(16) 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。关于其他辅助手段示例清单，有人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述其内容留下空间。有人明确提到，需要有单独的其他结论草案述及专家机构，特别是各国所设专家机构的工作成果，纳入这些结论草案的提议得到了广泛支持。所提到的类别也与委员会在 2018 年以来完成的几个专题中所采用的做法一致。

(17) 委员会在近期关于下列专题的工作中审查了专家机构和其他实体工作成果的作用：“习惯国际法的识别”(特别是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”(关于法院和法庭的决定的结论草案 8 和关于学说的结论草案 9)²⁵⁷；以及“一般国际法强制性规范(强行法)”(关于确定一般国际法规范强制性的辅助手段的结论草案 9——其中既涉及司法决定、学说，也涉及专家机构的工作成果)。²⁵⁸ 然而，有必要在本结论草案的背景下，进一步评估它们作为确定国际法规则的辅助手段，能在多大程度上做出具体贡献。

(18) 委员会维持第三类的开放性，是为了保留随着工作的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。

(19) 最后，(c)分段提到辅助手段的作用，即“协助”确定国际法规则。这可能会引起关于传统的其他辅助手段起到什么作用的问题，就像“一般法律原则”专

²⁵⁶ 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。

²⁵⁷ 载于本报告第四章。

²⁵⁸ 《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 43 段。

题一样，这一问题将在今后的一条结论草案中阐述。²⁵⁹ 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权重时，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。

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权重提供指引。

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权重时，应考虑到各种因素。不同的辅助手段将具有不同程度的“权重”。不同国际法领域之间可能也有差异，即同一辅助手段在不同背景下可能具有不同的权重。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权重。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权重的因素，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，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。这里的目的是要表明，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

²⁵⁹ 结论草案 9，载于本报告第四章。

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。这一标准除其他外，要求在评估辅助手段时，应参考法院和法庭的决定、学说以及不同地区或法律体系的任何其他辅助手段。如果审议中的国际法规则具有双边性或区域性，则应灵活适用这一标准。在这种情况下，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。

(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，在审查某些其他材料时，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，而非只关注某个作者或行为体的声望或学术头衔。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”。²⁶⁰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公法学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。

(9) 一致程度可能反映在学者个人的一致观点中，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。

(10) 委员会以前在关于习惯国际法的识别的结论中指出，“在机构内部获得的支持”是一个影响到“参与编纂和发展国际法的国际机构的工作成果”的“价值”的因素。²⁶¹如果持相同观点者代表不同地理区域或法律体系，较高的一致程度可能具有尤其重要的意义。

²⁶⁰ 关于习惯国际法的识别的结论，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。

²⁶¹ 同上。

(e)分段——各国和其他实体的接受情况

(11) (e)分段述及一项外部因素：各国和其他实体的接受情况。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。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)。²⁶² 委员会指出，其工作成果“应得到特殊考虑”，一部分原因是它“与联大和各国的紧密联系”，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”。²⁶³

(f)分段——在适用的情况下，赋予该机构的任务

(12) 最后，(f)分段指出，作出所述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所述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，包括国际法委员会。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。²⁶⁴

(13) 这一标准有助于评估是否应对某一法院的决定给予特殊考虑，如果是的话，是否应给予该法院更大的权重：例如，因为它是有特定权限的专门法庭，如国际海洋法法庭在海洋法方面、国际刑事法院在国际刑法事宜方面或世界贸易组织争端解决机构在国际贸易法事宜方面的特定权限。无论如何，这一标准不一定意在适用于纯私人机构如国际法学会或国际法协会的工作成果。然而，这并不意味着“没有政府间任务授权的专家机构的工作成果无关紧要”。²⁶⁵ 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。

(14) 委员会在先前的工作中提到了“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”。²⁶⁶ 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。委员会在这一先前工作中还表示，委员会自身的工作成果“应得到特殊考虑”，一部分原因在于其“独特的任务”。²⁶⁷ 辅助手段往往由已经获各国任务授权的组织产生。对完全属于这种任务授权范围内的辅助手段，可给予不同于范围外辅助手段的特殊考虑。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

²⁶² 关于习惯国际法的识别的结论，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。

²⁶³ 第五部分评注第(2)段，同上，第 104-105 页。

²⁶⁴ 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，结论草案 9 第 2 段及其评注第(8)段，《大会正式记录，第七十七届会议，补编第 10 号》(A/77/10)，第 44 段，见第 46 页。

²⁶⁵ 第(8)段，同上。

²⁶⁶ 关于习惯国际法的识别的结论，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。

²⁶⁷ 第五部分评注第(2)段，同上，第 104-105 页。

法”，包括公法和私法。²⁶⁸ 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更专业化。国际法院在迪亚洛案中指出，“本院应对人权事务委员会所做的解释予以高度重视”²⁶⁹，因为这是在委员会的任务范围内，从而支持了上述观点。在消除种族歧视委员会案中，法院在其论证中“认真审议了委员会采取的立场”，但没有遵循这一立场。²⁷⁰ 无论如何，这些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。

²⁶⁸ 《国际法委员会章程》，1947年，第一条第一款。

²⁶⁹ 法院解释说，“虽然本院在行使司法职能时绝无义务参照该委员会对该《公约》的解释来解释《公约》，但本院认为，对于专门为监督该条约的适用情况而设立的这一独立机构所做的解释，应予以高度重视。关键在于，要实现国际法必要的明确性和至关重要的一致性，以及法律上的安全性，权利受到保障的个人和有义务遵守条约义务的国家都应享有这种法律上的安全性。”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)，赔偿，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第324页起，见第331、334、339和342页，第13、24、40和49段。

²⁷⁰ 《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；另见第100段。