

# 《国际法院规约》第38条：起草过程与启示

宋 杰\*

**摘 要：**《国际法院规约》第38条是讨论国际法渊源问题的出发点，其直接来源是《常设国际法院规约》第38条。此条在制定过程中，主要经历了法学家咨询委员会阶段和国际联盟行政院与大会阶段。在此过程中，本条各项规定均有不同程度的调整与修改。准确、全面地了解本条各项规定的起草与修正过程，有助于更好地认识和评价国际法诸渊源的作用与功能。

**关键词：**国际法渊源 《常设国际法院规约》 法学家咨询委员会 国际联盟

无论是国内还是国外国际法学者，只要讨论到国际法渊源，都离不开《国际法院规约》第38条。该条是讨论国际法渊源问题的基点，涉及到对不同国际法渊源的含义、作用等的认知，是有关国际法渊源的基础性条款。要正确地理解和解释此条款，尤其是关于习惯的构成、一般法律原则的含义与功能、司法裁决的作用、“公允及善良原则”的意义等，有必要了解此条的来龙去脉，知晓其制定过程。而从国内学者目前已有的相关研究来看，对于国际法渊源的讨论，主要集中于渊源的含义和构成国际法渊源之一的一般法律原则等方面，<sup>①</sup>鲜见有学者对第38条本身的“来龙去脉”进行研究。因此，从“正本清源”的角度厘清该条各款的本来含义，具有重要意义。

《国际法院规约》第38条，除了序言部分之外，<sup>②</sup>其余规定均直接来源于《常设国际法院规约》第38条。因此，本文是对《国际法院规约》第38条起草过程的追踪，亦是对《常设国际法院规约》第38条起草过程的描述与研究。文章将分为四个部分：第一部分对《常设国际法院规约》起草和通过情况进行简要描述；第二部分和第三部分分别从法学家咨询委员会的角度和国际联盟行政院与大会的角度，介绍规约第38条的起草和修正过程；第四部分对第38条的起草过程进行总结和评论。

## 一 《常设国际法院规约》的起草过程

《国际联盟盟约》第14条规定，行政院应“拟定设立一个常设性国际法院的计划并提交国

---

\* 浙江工商大学法学院教授，法学博士。

① 部分研究如：王虎华：《国际法渊源的定义》，载《法学》2017年第1期；葛涛：《论作为国际法渊源的一般法律原则的内涵》，载《山西警察学院学报》2018年第1期；何田田：《联合国安理会决议与国际法渊源关系的思考》，载《南都学刊》2017年第3期等。

② 《国际法院规约》第38条序言部分规定，“法院对于陈述各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用”。《常设国际法院规约》第38条序言规定则非常简单，即“法院应适用”。

际联盟会员国通过”。为履行此职责，行政院在1920年第二次会议上，决定设立法学家咨询委员会（Advisory Committee of Jurists），由该委员会先行拟定常设国际法院规约草案。在1920年6月16日到7月24日期间，法学家咨询委员会共召开了35次会议，并于7月24日通过了递交给国际联盟行政院（以下简称国联行政院）的含有《常设国际法院规约草案》的报告。在第8次和第10次会议上，国联行政院讨论了法学家咨询委员会拟定的规约草案，并在对部分条款进行修正后通过了报告。修正后的规约及报告随后被提交给国际联盟第一届大会进行讨论。国际联盟大会（以下简称国联大会）决定将问题分配给大会第三委员会。第三委员会于1920年11月22日决定设立一个小组委员会来专门研究。12月7日，小组委员会完成了对规约草案的逐条讨论和检视。12月8日，第三委员会通过了小组委员会的报告。

第一届国联大会在1920年12月13日的第20次和21次全体会议上讨论了规约草案，并对部分条款进行了修正。随后，在第21次会议上，规约草案获一致通过。在同日通过的决议中，国联大会提议行政院给所有国联会员国分发一份有关通过规约的议定书。该议定书于1920年12月16日开放签字。1921年9月，议定书在获得了多数会员国的批准后生效。

从上述起草和修正过程可以看出，《常设国际法院规约》的起草和修正，主要分为两个阶段：法学家咨询委员会阶段和国联行政院与大会讨论和修正阶段。因此，下文对规约第38条起草和修正过程的梳理，将聚焦于这两个阶段。

## 二 法学家咨询委员会阶段

### （一）委员案文阶段

对即将设立的常设国际法院应适用的法律这一问题的第一次讨论，始于1920年7月1日。法学家咨询委员会于是日召开了第13次会议。在这次会议上，法学家咨询委员会主席、比利时参议员、国务大臣布伦·德坎普（Bron Descamps）递交了自己的建议案文。内容为：

“如下规则是法官在解决争端时要适用的规则。在适用的时候，法官将按照如下顺序考虑：

1. 不论普遍还是特别条约国际法，只要是国家明确接受的规则；
2. 国际习惯，只要是国家间的实践并被接受为法律；
3. 为文明国家法律良知所承认的国际法规则；
4. 作为适用和发展法律途径之一的国际法理。”<sup>①</sup>

<sup>①</sup> “The following rules are to be applied by the judges in the solution of international disputes; they will be considered by him in the undermentioned order: 1. Conventional international law, whether general or special, being rules expressly adopted by the States; 2. International custom, being practice between nations accepted by them as law; 3. The rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations; 4. International jurisprudence as a means for the application and development of law.” See the 13<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 1<sup>st</sup>, 1920, Annex No. 3, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 306.

对于此案文，美国前国务卿鲁特（Root）认为，即将设立的法院应仅限于处理条约解释问题和国际法的一般问题，因此，第1款和第2款没啥问题。但他完全不明白第3款和第4款的含义。如果这两款被采纳，就相当于告诉国家，“你放弃了说出正义应该是什么的权利。”<sup>①</sup> 鲁特认为，委员会的职责应仅限于指明条约和实证国际法中的规则，范围应清楚而明确。但由于不存在国际法典，第3款和第4款容易带来规则的不确定性问题。这容易导致国家不接受即将设立的国际法院。

对于鲁特的观点，荷兰最高法院的法官洛德（Loder）并不认同。他指出，法院的职责之一是发展法律，让习惯和普遍承认的原则“成熟”，让它们具体化为实证规则。一句话，即是确立普遍的国际法理。<sup>②</sup>

来自英国枢密院的菲利莫尔（Phillimore）原则上也持与<sup>③</sup>鲁特同样的立场，认为第3款和第4款赋予了法院立法权。在缺乏相应条约时，法院应适用有效的国际法规则。尽管如此，考虑到既要考虑适用成文法，也要考虑适用习惯法，他建议在第3款中的“国际法规则”后面增加“无论其来源为何”的表述。<sup>④</sup>

挪威的汉格瑞普（Hagerup）则坚持认为，委员会应考虑如下两点：1. 一旦宣称不存在相应的实在国际法规则，法院不应因此而拒绝作出裁决；2. 如果存在相应的国际法规则，法院必须适用之。只有在当事国授权时，法院才可适用衡平规则。<sup>⑤</sup>

此次会议结束后，考虑到自己所提案文遭到了反对，在7月2日召开的第14次会议上，布伦·德坎普做了专门发言，对自己所提案文进行了解释。他首先强调，有观点指责其所提出的案文会带来司法专断的风险。但是，此种指责实际上既误解了目前的情况，也误解了国际法和法官的义务。对于既存的国际法理，他认为，如果不允许法官将此作为确定国际法的一种方法，就相当于剥夺了法官所拥有的最有价值的资源。他同时还认为，在规定了条约和习惯之后，为了防止出现专断的裁决，还应增加“客观公正”（objective justice）的规定。“客观公正”应成为法官适用的天然原则。在适用条约和习惯之余，为了防止出现因缺乏可适用的规则而导致“拒绝司法”的现象，首先应允许法官利用权威学者的学说，其次还可以让其考虑文明国家的法律良知。<sup>⑥</sup>

对于布伦·德坎普的解释，鲁特明显有保留。他认为，即将设立的国际法庭完全不同于一般的普通法院。如果在一个个案中出现了没有可适用的实际规则的情况，法院可以宣告“法律不明”（*non liquet*）。他还强调，对于一个拥有强制管辖权的法院，国际社会可以接受其适用普遍承认的国际法规则，但很难接受其适用不同国家有不同理解的法律原则。<sup>⑦</sup> 为了证明自己此观点

① See the 13th Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 1st, 1920, Annex No. 3, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 293 - 294.

② Ibid., p. 294.

③ Ibid., pp. 293 - 294.

④ Ibid., p. 295.

⑤ Ibid., p. 296.

⑥ See the 14th Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 2nd, 1920, Annex No. 1, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 322 - 325.

⑦ Ibid., pp. 307 - 308.

的正确，他还提到了自身的相关经历。他认为，为了让国际社会对即将设立的国际法院有信心，法院所适用的法律开始应适中。只有在人们有了信心后，才可以扩大适用法律的范围。<sup>①</sup> 如果一定要接受布伦·德坎普的方案，也可以考虑如下两个可能的解决方案：要么法院宣布自己无权审理相关案件，要么法院就仅发表建议性意见，而非作出判决。如果一定要扩大文明国家的法律良知等原则的适用范围，就有必要对法院的强制管辖权范围进行适当限定。<sup>②</sup>

随后，布伦·德坎普澄清了对自身案文的几点“误解”。误解之一是：自己的草案赋予了法官以新的权力，而此种权力，并不为各国所承认。实际上，在1907年第二次海牙和平会议中，国家所诉诸的规则就不仅包括国家明文承认的规则，也包括公共良知。误解之二是：自己的草案赋予了法官非常大的适用规则的自由。实际上恰恰相反。自己的方案给法官施加了相应义务，即不能过多地依赖主观认知裁决案件。<sup>③</sup>

洛德在发言中质疑了鲁特。他指出，各位委员似乎一致同意，即将设立的法院应适用条约和国际法。但这不够。如果没有可适用的规则，法院难道真的要拒绝裁判？对于鲁特有关法院发表建议性意见的提议，洛德认为，一方面承认欠缺作出裁决的充分法律依据，一方面又让法院作出此类建议，完全不合逻辑。<sup>④</sup>

来自巴黎大学法学院的拉普拉德尔（De Lapradelle）教授则认为，鲁特的观点，实际上是主张法院只能根据国家承认的规则去裁决案件；一旦不存在相应规则，就应宣告“法律不明”。此种主张不可取。<sup>⑤</sup>

意大利外交部的法律顾问瑞驰·普桑第（Ricci-Busatti）也不认同法院扮演立法者的观点，认为国际社会中能立法的惟有国家自身。然而，这并不意味着，在没有可适用的实在规则的时候，法院就不能适用一般法律原则。总之，要有一个准则，通过此准则把指引法院裁决的不同要素统一，而不在其中进行区分。如果有此准则的话，国际法理也能作为裁决时的参考。<sup>⑥</sup>

菲利莫尔爵士认为，委员会不同委员观点的分歧，主要源于大陆法系有关正义的理念：一开始就对法官施加严格限制；施加限制之后，继而又担心，一旦限制过多，在限制范围内又会“为所欲为”。但英美法系就不同。在英美法系中，法官会自我宣誓：自己将根据法律实现正义。他认为，有必要把不具有可受理性的问题与拒绝司法的问题区别开来。同时，国际法庭的法官所拥有的权利，不应该超过国内法官在国内所拥有的权利。在任何情况下，国际法庭的法官，都不应拥有立法权。<sup>⑦</sup>

汉格瑞普认为，英美法中关于法官造法的规定应当采纳。如果碰到没有可以适用的实在规则的情形，法官应有权诉诸先例。他并建议鲁特提出新的建议案文。<sup>⑧</sup> 鲁特同意了。在7月3日召

① See the 14<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 2<sup>nd</sup>, 1920, Annex No. 1, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 308 - 309.

② Ibid., pp. 309 - 310.

③ Ibid., pp. 310 - 311.

④ Ibid., pp. 311 - 312.

⑤ Ibid., pp. 313 - 314.

⑥ Ibid., pp. 314 - 315.

⑦ Ibid., pp. 315 - 317.

⑧ Ibid., p. 317.

开的第 15 次会议上，鲁特递交了其与非利莫尔联合提出的案文。案文内容为：

“为解决国际争端，在前述条款规定的权限内，法院将按照如下顺序考虑所应适用的规则：

1. 不论普通或是特别条约国际法，只要是争端当事国明确接受的规则；
2. 国际习惯，国家间所承认的实践并被国家接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 作为适用和发展法律方法的权威司法裁决和学者学说。”<sup>①</sup>

作为主席的布伦·德坎普首先发言，称除了第 4 款，自己同意案文。对于该款中的“学说”（*opinion*），建议用“一致的学说”（*coinciding doctrines*）代替。非利莫尔爵士也同意此改动。<sup>②</sup>

来自巴西的费尔南德斯（Fernandes）则认为，现实中的案件，相当部分缺乏可适用的既存规则。此时，法官就必须以源于一般原则中的规则来裁决案件，而相应原则，既指引着国内法，也赋予国内法以活力。一般原则是基于正义的，而严格的规则却往往偏离正义。这是不是意味着，在某些情形下，法官扮演着立法者的角色，在创设规则？他强调，国内法中具有正当性和合乎逻辑的事情，一旦到了国际事务之中，就不一定正确与合乎法律。国际关系中，立法往往不足，习惯规则发展也比较慢，承认一般原则的适用有其必要性。<sup>③</sup>

非利莫尔爵士认为，鲁特提交的案文可以视为经委员会一读通过。但瑞驰·普桑第对此有保留。对于各项应按顺序适用的规定，他是有看法的。在裁判案件的时候，法官应考虑不同的渊源，以及不同渊源间的关系。对于第 3 项中的“一般法律原则”，由于没有把“衡平原则”也纳入其中，是有欠缺的。对于第 4 项中的“一致的学说”，他认为很难找到此种学说。同时，他完全不同意将学者学说作为法律渊源对待。<sup>④</sup>

在批判的同时，瑞驰·普桑第也提出了自己的修正案文。案文为：

“法院在裁决国际争端中所适用的规则，应源于如下渊源：

1. 不论普通或特别国际条约，只要其系争端当事国明确接受的规则；
2. 国际习惯，作为相关国家间普遍实践之证明并被其接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则。

<sup>①</sup> It reads: The following rules are to be applied by the Court within the limits of its competence, as described above, for the settlement of international disputes; they will be considered in the undermentioned order: 1. Conventional international law, whether general or special, being rules expressly adopted by the States which are parties to a dispute; 2. International custom, being recognized practice between nations accepted by them as law; 3. The general principles of law recognized by civilised nations; 4. the authority of judicial decisions and the opinion of writers as a means for the application and development of law. See the 15<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 3<sup>rd</sup>, 1920, Annex No. 1, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 344.

<sup>②</sup> See the 15<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 3<sup>rd</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 331.

<sup>③</sup> *Ibid.*, pp. 345 – 346.

<sup>④</sup> *Ibid.*, p. 332.

法院应在比较相关案例的基础上考虑其司法裁决, 以及不同国家最权威学者的学说, 并将它们作为适用和发展法律的方法。”<sup>①</sup>

对于瑞驰·普桑第的案文, 菲利莫尔原则上同意。但是, 他还是希望能就自己与鲁特一起提出的案文进行适当解释。

关于各项规定的顺序, 菲利莫尔解释称, 这些规定所适用的先后顺序, 自己并没有特别在意。各项规定的排列顺序, 遵循的是彼此间的逻辑顺序, 也是法官在适用规则时会在脑海中呈现的顺序。

关于将“衡平原则”纳入第3项规定的提议, 其认为, 考虑到“衡平”在英国法中的含义, 在没有对其含义进行技术性界定之前, 一旦将其纳入, 将会给法官太多的自由权利。

关于“学者学说”, 菲利莫尔解释称, 国际社会普遍认可将学者学说作为国际法的渊源。布伦·德坎普关于此问题的修正建议实际上已极大地完善了此规定。<sup>②</sup> 其还认为, 就第3款和第4款规定而言, 第3款可以被纳入第4款之中, 因为一般法律原则是通过习惯的方式被认可的, 而习惯又是在惯例的基础上形成的。就惯例而言, 其既体现在不同国家正式官方文件之中, 也体现在学者学说之中。<sup>③</sup>

作为主席, 布伦·德坎普此时重点强调了第4款规定中的诸项内容作为解释要素之补充性。瑞驰·普桑第对此表示认同, 认为不应将司法裁决、学者学说与实在规则等同。<sup>④</sup>

拉普拉德尔反对将“衡平原则”纳入, 认为此原则随个案而变。公正本身就包含了衡平。对于第3款中的“文明”一词, 其认为没必要, 因为法律即含有文明之意。关于第2款和第3款的顺序, 他主张颠倒, 因为一般法律原则来源于习惯。<sup>⑤</sup> 针对此观点, 菲利莫尔解释称, 一般法律原则是指各国国内法院所接受的某些原则, 如善意原则、有关程序的系列原则、既决力 (*res judicata*) 原则等, 主要指法律格言 (*maxims of law*)。<sup>⑥</sup> 拉普拉德尔、布伦·德坎普和菲利普·莫尔经过对第4款的讨论, 决定将其措辞改为: 权威的司法裁决和不同国家最权威学者的学说 (*the authority of judicial decisions and the doctrines of the best qualified writers of the various nations*)。<sup>⑦</sup>

在完成上述修正后, 瑞驰·普桑第继续提出了修正建议。他主张, 鲁特案文序言中的“按

① It reads: “The rules to be applied by the Court for the settlement of any international dispute brought before it, arise from the following sources: 1. International conventions, either general or special, as constituting rules expressly adopted by the States which are parties to a dispute; 2. International custom as evidence of common practice among said States, accepted by them as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations. The Court shall take into consideration the judicial decisions rendered by it in analogous cases, and the opinion of the best qualified writers of the various countries, as means for the application and development of law.” See the 15<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 3<sup>rd</sup>, 1920, Annex No. 4, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 351.

② See the 15<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 3<sup>rd</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 333.

③ Ibid., pp. 333 - 334.

④ Ibid., p. 334.

⑤ Ibid., p. 335.

⑥ Ibid., p. 335.

⑦ Ibid., p. 337.

照相应顺序”的规定应删除。汉格瑞普对此表示赞同。在与委员会其他成员商议后，作为主席的布伦·德坎普宣告此提议可以采纳。<sup>①</sup>

拉普拉德尔主张，在序言中增加“法律”（of law），相应的表述就调整为“应适用的法律规则”（the rules of law to be applied）。建议得到了汉格瑞普、菲利莫尔和鲁特的附和。身为主席的汉格瑞普没有表示反对。<sup>②</sup>

基于上述建议，鲁特和菲利莫尔的联合案文在序言部分和第 4 款中均进行了相应修正。

## （二）规约起草委员会阶段

在 7 月 5 日召开的第 16 次会议上，主席汉格瑞普提议任命一位特别报告员，并提名了拉普拉德尔。提议获得一致通过。随后，以主席、副主席、特别报告员、一名来自于英国或美国的代表组成规约起草委员会，负责起草完整的规约草案。<sup>③</sup> 鲁特和菲利莫尔递交了共同起草的案文。案文第 31 条即是有关法院应适用规则的规定。具体内容为：

“在解决国际争端过程中，在前述规定所限定的管辖权范围内，法院将按照下文规定的顺序，适用如下规则：

1. 不论普通或特别性质的条约国际法，只要其系争端当事国明确接受的规则；
2. 国际习惯，作为国家间适用的通常实践之证据并被其接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 构成先例的司法裁决和公法家学说，作为适用和发展法律的方法。”<sup>④</sup>

但遗憾的是，对于此案文，可能由于时间限制和议程设置等原因，法学家咨询委员会并没有展开讨论。会议记录中找不到与此相关的任何记录。

自第 25 次会议开始，委员会便开始了对规约起草委员会起草的案文的讨论。在起草委员会的案文中，第 31 条是关于法院所应适用规则的规定。具体规定为：

“在第 29 条所规定管辖权的范围内，法院应按如下顺序适用：

---

① See the 15<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 3<sup>rd</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 337 – 338.

② Ibid., p. 338.

③ See the 16<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 5<sup>th</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 353.

④ It reads: The rules to be applied by the Court, within the limits of its jurisdiction as defined above, in the settlement of international disputes, are the following, and are to be applied in the order which they appear below: 1. Conventional international law, whether of a general or special nature, forming the rules expressly adopted by the States which are parties to the case; 2. International custom, as evidence of a common practice in use between nations and accepted by them as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. The precedent of judicial decisions and the opinions of the publicists as means for the application and development of law. See the 24<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 14<sup>h</sup>, 1920, Annex No. 2, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 546.

1. 不论普遍或特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；
2. 国际习惯，作为普遍实践之证明并被接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 来自于司法裁决和不同国家最权威公法家学说的法律规则。”<sup>①</sup>

在7月19日召开的第27次会议上，法学家咨询委员会全体开始了对此条的讨论。

主席汉格瑞普首先建议，在第4款中增加“作为确定法律规则的辅助方法”（as subsidiary means for the determination of rules of law）。菲利莫尔则对第4款的措辞表示反对，认为，司法裁决只是陈述法律，而非创设法律。针对第1款和第2款所使用的不同措辞，瑞驰·普桑第进行了批评。他认为，习惯应和条约一样，在适用时应对争端当事国均为有效。拉普拉德尔反对任何对第1至第3款的改动，但同时希望能删除第4款。<sup>②</sup>

根据汉格瑞普的建议和菲利莫尔的意见，在对第4款的规定增加了“作为确定法律规则的辅助方法”并用“源于”（arising from）替换掉“来自于”（derived from）之后，上述案文最终获得通过。法文本为原始文本。<sup>③</sup>根据法文本翻译的英文本，也相应地进行了必要修正。<sup>④</sup>

在前述基础上，法学家咨询委员会全体一读通过了规约草案。有关法院适用规则的第31条，在一读案文中的序号变为第35条。其具体内容为：

“在第34条所规定权限的范围内，法院应按如下顺序适用：

1. 不论普遍和特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；
2. 作为被承认的普遍实践并被接受为法律之国际习惯；

① It reads: The Court shall, within the limits of its jurisdiction, as defined in Article 29, apply in the order following:  
1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;  
2. International custom, as evidence of a general practice, which is accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Rules of law derived from judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations. See the 25<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 19<sup>h</sup>, 1920, Annex No. 2, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 567.

② See the 25<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 19<sup>h</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 584.

③ It reads: Dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée par l'article 29, la Cour applique seccessivement:  
1. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige; 2. La coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi; 3. Les principes généraux de droit reconnu par les nations civilisées; 4. Les règles de droit qui se dégagent des décisions judiciaires et de la doctrine des publicists les plus qualifiés des différentes Nations, comme moyens auxiliaires de la détermination des règles de droit. in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 605.

④ It reads: The Court shall, within the limits of its jurisdiction, as defined in Article 29, apply in the order following:  
1. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;  
2. international custom, as evidence of a general practice, which is accepted as law; 3. the general principles of law recognized by civilized nations; 4. rules of law arising from judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. See Text of Chapters I and II of the Draft Scheme, as amended on July 19<sup>h</sup> and 20<sup>h</sup>, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 635 - 636.



3. 在文明国家中所获承认的一般法律原则；
4. 作为确定法律规则定义的辅助方法之司法裁决和不同国家最权威公法家学说。”<sup>①</sup>

相对于此前的案文，一读案文的主要变化体现在如下几方面：

其一，就第 1 款而言，用的是“普通和特别”，而不再是“普通或特别”。新规定更简洁。

其二，关于国际习惯，重点强调了其两个构成要件，即普遍实践和法律确信，而不是此前的“习惯作为普遍实践之证据”这种既别扭又不合逻辑的表达。新的表达更清晰，彼此之间的关系与逻辑更好。

其三，在第 3 款中，“文明国家”前的介词由“by”改为了“in”。

其四，第 4 款的变化则更多一些。一方面，“最权威公法家学说”的表述，与《国际法院规约》第 38 条中的当前表述，第一次高度一致。另一方面，司法裁决和学说的作用，不再是“适用和发展法律的方法”，而是“作为确定法律规则定义的辅助方法”。

在于 7 月 22 日召开的第 31 次会议上，当二读逐条通过一读规约草案时（采用逐条表决的办法），拉普拉德尔建议将第 3 款和第 4 款的规定合并，合并之后为：为司法裁决和各国最权威公法家学说所释明的、并被文明国家所承认的一般法律原则。<sup>②</sup> 他同时声明，自己的建议肯定不会获得其他同事认可，因此，他将不参与有关本条的表决。汉格瑞普的观点与拉普拉德尔相同，并同样没有参与有关本条的表决。瑞驰·普桑第表态称反对第 34 条和本条（第 35 条），并要求将此立场正式记录在案。在此基础上，本条被采纳。<sup>③</sup>

在 7 月 23 日召开的第 32 次会议上，委员会的所有委员，都被要求在前一天二读通过的案文上签字。作为报告人，拉普拉德尔被要求根据昨天表决和通过的情况，在进一步修改和完善的基础上通过其报告。在审议通过的过程中，在讨论的基础上还对部分规定进行了修正，其中也包括了第 35 条。<sup>④</sup> 经部分修正后，第 35 条具体内容为：

“在第 34 条所规定权限的范围内，法院应按如下顺序适用：

1. 不论普遍或特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；

<sup>①</sup> It reads: The Court shall, within the limits of its competence as defined in Article 34, apply in the following order: 1. international conventions, general and special, establishing rules expressly recognised by the contesting States; 2. international custom, being the recognition of a general practice, accepted as law; 3. the general principles of law recognized in civilized nations; 4. judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, being subsidiary means for the definition of rules of law. See the 31<sup>st</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 22<sup>nd</sup>, 1920, Annex No. 2, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, pp. 665 - 666.

<sup>②</sup> It reads: The general principles of Law recognized by civilized Nations as interpreted by judicial decisions and by the teachings of the most highly qualified publicists of the various countries. See the 31<sup>st</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 22<sup>nd</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 649.

<sup>③</sup> See the 31<sup>st</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 22<sup>nd</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 649.

<sup>④</sup> See the 32<sup>nd</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 23<sup>rd</sup>, 1920, Annex No. 1, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 671.

2. 国际习惯，作为普遍实践之证据并被接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 作为确定法律规则辅助方法之司法裁决和不同国家最权威公法家学说。”<sup>①</sup>

此次会议上对本条的部分修正，主要体现在四方面：

其一，就第1款而言，除了将“普遍和特别”之间的“和”改为“或”之外，在“普遍或特别”之前还增加了“whether”进行修饰。

其二，第2款的措辞再次被改回到了起草委员会阶段的措辞，从而造成相关表述不仅别扭，也不容易凸显习惯的两个构成要件。相较于二读案文，此次调整是一个退步。

其三，第3款的调整只有一处，就是将介词“in”改为了“by”，“在文明国家中”变成了“被文明国家”。

其四，第4款的修正主要体现在最后一句。此次调整，延续了二读案文的思路，但纠正了二读案文别扭且令人费解的措辞，将“作为确定法律规则定义的辅助方法”修正为“作为确定法律规则的辅助方法”。

在7月24日召开的第34次会议上，法学家咨询委员会全体再次对报告进行总体性表决并一致通过。<sup>②</sup> 最终通过的有关本规定的案文，与第32次会议上通过的案文完全相同。<sup>③</sup>

### 三 国联行政院和大会阶段

#### （一）行政院阶段

国联行政院第八次会议上，行政院作出了一份决议，决定把法学家咨询委员会起草的规约草案及特别报告员的报告分发给所有国际联盟会员国。<sup>④</sup> 在于1920年10月20日至28日召开的第10次会议上，行政院建议对包括规约草案第35条在内的部分条款进行修正。第35条的建议修正案为：

“在第34条所规定的权限的范围内，法院应按如下顺序适用：

1. 不论普遍或特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；
2. 作为承认的通常实践并被接受为法律之国际习惯；

<sup>①</sup> It reads: The Court shall, within the limits of its competence as defined in Article 34, apply in the following order: 1. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognised by the contesting States; 2. international custom, as evidence of a general practice, which is accepted as law; 3. the general principles of law recognized by civilized nations; 4. judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. See the 32<sup>nd</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 23<sup>rd</sup>, 1920, Annex No. 1, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 680.

<sup>②</sup> See the 33<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 24<sup>th</sup>, 1920, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 689.

<sup>③</sup> See the 33<sup>th</sup> Meeting (Private), held at the Peace Palace, the Hague, on July 24<sup>th</sup>, 1920, Annex No. 1: Report, in *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 730.

<sup>④</sup> See Resolution taken by the Council at its eighth session, in Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court, p. 26.

3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 在不影响第 57a 条所规定条件之下，司法裁决和最权威公法家学说，作为确定法律规则的额外方法。”<sup>①</sup>

相较于法学家咨询委员会最后通过的案文，此次的修正，主要体现在如下三个方面：

其一，就第 1 款规定的条约而言，尤其是特别条约，用的表述是“special”，而不是此前案文中的“particular”；“争端当事国”用的是“disputing state”，而非此前的“contesting state”。

其二，第 2 款有关国际习惯的表述变化非常大。尽管在逻辑上，行政院的表述延续了法学家咨询委员会的最终案文，但一方面，其有关实践的表述，用的是“common practice”，而非此前文本中的“general practice”，另一方面，“接受为法律”中的“法律”一词，第一次使用了大写的形式。但如此处理的理由却没有提及。

其三，最大的变化是第 4 款。一方面，此款第一次增加了限制性规定，即需要受制于第 57a 条<sup>②</sup>所规定的条件，另一方面，既删除了“各国权威最高公法学家”中的“各国”，也将“subsidiary means”替换为“additional means”。

随后，根据行政院的决议，特别报告员等对规约草案进行了修正。经修正后的第 35 条规定为：

“在前述规定的管辖权范围内，法院应按如下顺序适用：

1. 不论普遍或特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；
2. 国际习惯，作为普遍实践的证据并被接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 在第 57 (bis) 条规定之下，司法裁决和各国最权威公法家学说，作为确定法律规则的辅助方法。”<sup>③</sup>

对比行政院的建议修正案文会发现，特别报告员最后实际拟定案文的措辞，基本上都“恢

<sup>①</sup> It reads: Within the limits of its competence, as determined by Article 34, the Court shall apply in the following order: 1. International conventions, either general or special, establishing rules expressly recognized by the disputing States; 2. International custom, recognition of a common practice accepted as Law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Without prejudice to the conditions of Article 57a, the judicial decisions and the doctrine of the most qualified publicists, as an additional means of determining the rules of law. in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 44.

<sup>②</sup> It reads: The decision of the Court shall only be binding upon the parties in the dispute and in the case decided.

<sup>③</sup> It reads: The Court shall, within the limits of its jurisdiction as defined above, apply in the following order: 1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; 2. International custom, as evidence of a general practice which is accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 57 (bis), judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. See: Amendments proposed by the Council to certain articles of the scheme for the permanent court of international justice, See: Draft scheme for the institution of the permanent court of international justice, mentioned in Article 14 of the Covenant of the League of Nations, presented to the Council of the League by the advisory committee of jurists as amended by virtue of the decisions of the Council, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 58.

复”了法学家咨询委员会最后定稿文本所用措辞，如第1款中的“普遍或特别”国际条约，“争端当事国”，第2款有关习惯的规定，以及第4款有关“辅助方法”的规定等。当然，新变化同样有。主要体现在两方面：

其一，序言中有关法院权限的限制，不再是从“权能”（competence）的角度，而是从“管辖权”的角度进行描述。

其二，第4款中新增的“在第57（bis）条规定之下”依然被保留了下来，但在措辞上有细微变化。

伴随着第4款的规定，第57（bis）条的规定也有细微调整。调整之后，其具体内容与《国际法院规约》现行第59条的规定完全相同。

## （二）国联会员国的修正案

对于法学家咨询委员会拟定的案文，加拿大、英国、阿根廷、意大利等国代表团都提出了修正意见。尽管如此，其中只有阿根廷和意大利对案文中的第35条提出了修正建议。

阿根廷的建议案文为：

“在第34条所规定的管辖权范围内，法院应按照如下顺序适用：

1. 不论普遍或特别国际条约，确立诉讼当事国明确承认之规则者；
2. 国联大会在履行编纂国际法职责方面所起草的规则；
3. 国际习惯，作为建立在正义和人道原则基础上的实践的的证据并被接受为法律者；
4. 为文明国家所承认的一般法律原则；
5. 如果一国系某一争端当事国，则已经送达的针对该国的司法裁决；各国权威最高的公法家学说，作为确定法律规则的辅助方法。”<sup>①</sup>

意大利外交部的建议则是，第35条法文本中所用的“en ordre successif”非常容易被误解，<sup>②</sup>建议删除，或者，采用和英文本中的表述即“in the order following”相对应的法文表述，即“Dans l'ordre suivant”。<sup>③</sup>但在国联大会第三委员会随后的审议中，正如下文所描述的，阿根廷的修正案被拒绝，意大利修正案则变得没有意义。

<sup>①</sup> It reads: The Court shall, within the limits of its jurisdiction as defined in Article 34, apply in the order following:  
1. International Conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;  
2. The rule drawn up by the Assembly of the League of Nations in the performance of its duty of codifying international law;  
3. International custom, as evidence of a practice founded on principles of justice and humanity, and accepted as law; 4. The general principles of law recognized by civilized nations; 5. Judicial decisions, as against the State in which they have been delivered, if it is a Party to the dispute; and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. See Amendments proposed by the Argentine delegation to the draft scheme of the advisory committee of jurists for the institution of a permanent court of international justice, as modified by the Council of the League of Nations, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 68.

<sup>②</sup> 因为其不仅含有按照顺序的意思，同时还含有递进的含义。

<sup>③</sup> See Extract from the report of the deliberations of the Council for diplomatic litigation attached to the Italian Ministry of Foreign Affairs, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 29.

### （三）国联大会阶段

国联大会将审议规约草案的任务分配给了第三委员会。第三委员会设置了一小组委员会来专门审议此议题。<sup>①</sup>

在小组委员会于 1920 年 12 月 1 日召开的第 7 次会议上，对于第 35 条，法国的弗拉门戈（Fromageot）认为，本条所使用的措辞应再宽泛一点，从而使其能够包含法院确认的当事国所达成的协议。意大利的瑞驰·普桑第则提醒委员会注意塔维尼亚诺案（Tavignano），因为该案正是在诉讼中得到了解决。巴西的费尔南德斯同样建议，法院可以同意当事国在争端中所达成的协议。英国的塞西尔·赫斯特（Cecil Hurst）认为，目前的文本规定已经足够宽泛，能够满足弗拉门戈的主张。而小组委员会主席汉格瑞普则认为，弗拉门戈的主张属于仲裁的范畴。对于常设国际法院而言，此观点有损法院权威。

在具体修正建议方面，来自于荷兰的洛德建议在第 35 条中增加第 5 款，即“当事国提交的解决方案”（the proposals submitted by the parties）。对于序言，塞西尔·赫斯特建议删除“在前述规定的管辖权范围内”；洛德建议删除“按照如下顺序”。这两个建议均被采纳。弗拉门戈则建议，在第 3 款中增加“法律和正义的一般原则”。对于此建议，塞西尔·赫斯特指出，在英美法系中，法律和正义没有区别。费尔南德斯则担心此建议可能会导致裁决专断。尽管如此，经表决，弗拉门戈的建议被采纳。

对于阿根廷提出的前述修正案，委员会经讨论后否决了，理由是：首先，此案文赋予了大会编纂国际法的权力，却没有提到大会所可能拥有的发展国际法的权力；其次，正如塞西尔·赫斯特所指出的，此案文完全排除了将法院判决作为先例来发展国际法的可能性。<sup>②</sup>

在小组委员会于 12 月 7 日召开的第 10 次会议上，希腊的波力提斯（Politis）提出了一个疑问，即小组委员会此前所通过的第 35 条第 3 款案文，是否真正反映了小组委员会的意见。其提出，小组委员会的意见是，只有根据争端当事国的协议，法院才有权适用一般的正义原则。但现有案文的范围显然更广泛，其实际上使法院有权决定什么时候才应该适用此原则。其建议，将第 3 款修正为：经当事国同意，为文明国家所承认的一般法律原则和一般正义原则。经过讨论，弗拉门戈建议在第 35 条第 3 款最后增加如下规定：本项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良原则”裁判案件之权。<sup>③</sup> 此修正建议被采纳。<sup>④</sup>

1920 年 12 月 9 日，小组委员会的审议报告被递交给第三委员会。第三委员会在该天会议上，决定将此报告分发给国联大会所有会员国。在该报告中，规约草案第 35 条序号变为第 38 条。关于此条，报告主要强调了如下两点：

- ① 小组委员会的成员共 10 人，主席由来自挪威的 Hagerup 担任。其他成员分别来自巴西、英国、加拿大、法国、希腊、意大利、日本、荷兰和瑞典。
- ② See Minutes of the Meeting of the Sub-Committee of the Third Committee, Seventh Meeting, held on December 1<sup>st</sup>, at 1920, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 145.
- ③ It reads: This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono* if the parties agree thereto.
- ④ See Minutes of the Meeting of the Sub-Committee of the Third Committee, Tenth Meeting, held on December 7<sup>th</sup>, at 1920, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 157.

第一，阿根廷提出了一份关于此条的修正案，主要目的在于限制法院将其裁决作为先例进行对待的权力。小组委员会没有采纳此案。小组委员会认为，法院最重要的任务之一即在于通过自身法理来发展国际法。

第二，小组委员会对本条的修正主要体现在：删除了序言中的“在前述规定的管辖权范围内”和“按照如下顺序”；在第3款最后增加了在当事国同意下本“公允及善良”原则裁决案件的内容。增加的目的，在于给本款规定提供更灵活的弹性。<sup>①</sup>

在第三委员会分发给国联大会所有会员国的规约草案案文中，第38条的具体内容为：

“第38条 法院应适用：

1. 不论普遍或特别国际条约，确立争端当事国明确承认之规则者；
2. 国际习惯，作为普遍实践之证明并被接受为法律者；
3. 为文明国家所承认的一般法律原则；
4. 在第59条规定之下，司法裁决和不同国家最权威公法家学说，作为确定法律规则的辅助方法。

在当事国同意的前提下，本规定不妨碍法院本“‘公允及善良’原则裁判案件之权。”<sup>②</sup>

相较于此前案文，第三委员会的最终案文的变化主要体现在：

其一，就序言而言，第38条规定非常简单，直接明了。

其二，第4款中的第57（bis）条序号变为第59条。

其三，“公允及善良”原则的规定，不仅是一项全新内容，而且，其不是被放在第3款最后，而是作为单独一项，放在本条最后。

1920年12月13日，在日内瓦召开的国际联盟全体会员国大会上，《常设国际法院规约》草

<sup>①</sup> See Report and draft scheme presented to the Assembly by the Third Committee, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 211. 值得注意的就是，小组委员会主席草拟的提交给第三委员会的报告的法文本中，关于第35条的描述，尤其是关于第3款规定修正的描述，与英文本存有一定差别。法文的描述是：在第3款中，法院在“法律”一词之后加上了“或者正义”一词，以便使该款的规定更具灵活性。并在必要时允许法院在当事各方同意的情况下根据正义原则作出有正当法律依据的裁决，而无需根据具体的法律条文（Dans le numéro 3 elle a ajouté après le mot “droit” les mots “ou de justice” pour donner à la disposition de ce numéro un caractère plus souple et permettre, le cas échéant, à la Cour de rendre avec l’agrément des parties, une décision fondée en bonne justice sans avoir à se référer expressément à tels ou tels textes de droit）。See *Projet de rapport à la commission par M. Ahgerup*, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 194.

<sup>②</sup> Article 38: The Court shall apply: 1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States; 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto. See *Draft Scheme*, in *Document concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court*, p. 219.

案正式获得通过。在正式通过的《常设国际法院规约》中，第38条的规定即为上述内容，没有任何改动。<sup>①</sup>

## 四 评论与总结

通过对规约第38条起草和修正过程的梳理可以看出，就该条和国际法诸渊源间的关系而言，至少有如下五个方面值得我们注意和进一步研究：

第一，如何理解第2款有关习惯的措辞？无论是最后经由国联大会通过的《常设国际法院规约》第38条，还是经由旧金山制宪会议通过的《国际法院规约》第38条，有关习惯的规定，采用的描述均为“作为普遍实践之证明而经接受为法律者”。根据此描述，表面来看，习惯应是“国家普遍实践”之证明。但事实正好相反：普遍的国家实践是习惯的构成要件之一。其应该成为习惯存在之证明，而非相反。在这方面，李浩培先生对有关此条措辞的批评是正确的。他指出，“这个定义是不很正确的，因为习惯国际法决不是经接受为法律的一般国际惯行存在的证明，相反，经接受为法律的一般国际惯行倒是习惯国际法存在的证明。”<sup>②</sup>

事实上，从规约起草过程可以看出，有关习惯与其构成要件之间的关系，从法学家咨询委员会起草伊始，就是非常清楚的。在布伦·德坎普最早起草的案文中，措辞就已经清楚地表明，国家实践是习惯的构成要件之一。法学家咨询委员会的一读案文，同样坚持了此路径。但由于在起草过程中，更多的版本采用的都是“习惯作为普遍国家实践之证据”这种“令人迷惑的公式”，<sup>③</sup>而导致最后被定型化了。尽管如此，并没有改变二者间的证明和被证明的关系。

第二，关于一般法律原则。对于此原则，国内目前的理解主要是，其是指国内法的一般原则。但从其起草过程来看，此种理解既有可取的地方，也有不可取的地方。可取的地方在于：应该从国内法而非国际法的角度来解释。不可取的地方则在于：一般法律原则，应该主要从各国国内法中的法律格言的角度去理解和解释。这样的理解与解释，有助于将此原则的含义揭示的更准确、更精确。

第三，关于司法裁决的作用。从规约起草过程及常设国际法院和国际法院真实司法实践的角度来看，我们目前有关司法裁决的认知和理解——认为国际法院并不实行遵循先例的原则——可能并不准确，偏离了规约起草过程和法院实践。关于此点，可从两个角度来展开：

第一个角度是规约起草的角度。其实，早在法学家咨询委员会开始起草规约的时候，对规约就有了基本定位。在起草之前，由国联秘书处起草的“一般议程草案”之“基本原则”中，即提到，即将设立的常设国际法院，应基于如下一般原则进行设计：法院的管辖权应具有强制性；法院应完全依循法律原则指导；需遵循的法律原则不应随案而变。法院早前的判决应作为确立永

<sup>①</sup> See *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series D: Acts and Documents concerning the Organization of the Court*, No. 1, p. 20. 1929年的时候，法学家委员会曾对规约进行一次修正。此次对第38条的修正，主要体现在法文本上。委员会认为，英文本第4款中的“不同国家”（of the various nations），在法文本中并没有，因此，就在法文本中相应款项中增加了对应的表述（des diverses nations）。See the 10<sup>th</sup> Meeting, held on Friday, March 15<sup>th</sup>, 1929, in *Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, Minutes of the Session held at Geneva, March 11<sup>th</sup>-19<sup>th</sup>, 1929*, p. 62.

<sup>②</sup> 李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社1994年版，第89页。

<sup>③</sup> 转引自王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第71页。

久实践的先例来予以对待。<sup>①</sup> 在这些原则中，最后一项原则，即涉及到对于司法裁决的作用和功能的认知与定位。此种认知与定位，从规约起草过程看，既体现在法学家咨询委员会起草的过程中，也体现在国联大会第三委员会和小组委员会的起草过程中。也正因如此，在规约起草的第一阶段，第4款中是没有关于第59条的任何规定的。只是到了行政院阶段，第59条才开始纳入。尽管如此，对于纳入理由，从规约起草相关记载来看，是语焉不详的。<sup>②</sup> 第59条的真正目的与功能为何，缔约国是否期待其发挥制约法院创设先例的权利，规约起草过程并不能提供答案。但从法学家咨询委员会和国联大会第三委员会的角度来看，对于法院判例所应发挥作用的期待比较明显。

第二个角度是法院司法实践的角度。对于自身所作出的裁决，无论是常设国际法院还是国际法院，在实践中都注重援引。援引的目的，在于凸显自身在某一问题上的“相同法理”。国际法院在其司法实践中，为了凸显自身在某一问题上的同一法理，在援引时会刻意使用“established jurisprudence”或“settled jurisprudence”。同时，如果要“背离”自身的某一先例，同普通法中经常使用的技术一样，国际法院会通过运用法律区别的技术，来达到不遵循某一先例的目的。例如，针对《国际法院规约》第36（5）条和第37条中“依然有效”的解释，国际法院在“巴塞罗那电力、电车和电灯公司案”先决反对判决中的解释，<sup>③</sup> 和在以色列诉保加利亚“空中事件案”先决反对判决中的解释，<sup>④</sup> 就完全相反。国际法院正是通过使用法律区别技术，论证了自身解释的成立。因此，无论是从“确定的法理”角度，还是从法律区别技术的运用角度来看，国际法院在对待先例上的实践，同普通法法院的相关实践相比，并没有本质性区别。

本款起草过程也说明，从国家立场来看，尽管其试图对法院通过先例发展国际法规则的权利进行限制，但相关限制可能只具有形式上的意义，在实践中，相关限制难以实质性制约学者和职业共同体。法学家咨询委员会的起草，尽管在行政院阶段被修改，增加了限制，但到了国联大会第三委员会小组委员会阶段（主要由专家构成），相关限制基本上被无视。而在常设国际法院和国际法院建立起来之后，作为主要由学者构成的职业共同体，其在实践中还是会遵循自身逻辑，会适用普通法系的相关技术来发展自身法理和国际法。

第四，关于“公允及善良原则”。在法学家咨询委员会起草阶段，第38条中并没有任何相关规定。此规定是在国联大会第三委员会小组委员会阶段才被纳入。从讨论过程来看，此规定的作用，主要体现在两方面：一方面，尊重当事国在争端解决过程中的意愿和自治。即在争端解决过程中，争端当事国有权自我解决争端。另一方面，公允及善良原则体现的是正义原则，而此原则的适用是有条件的，即需要经过当事国的同意。目前有关此款规定的理解，主要是后者，而没

① “The principle to be followed not to vary from case to case. Earlier judgments of the Court to be taken into consideration as precedents for establishing a permanent practice”. See *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16<sup>th</sup>-July 24<sup>th</sup> 1920, Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists*, p. 33.

② See *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd Edition), edited by: Andreas Zimmermann, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat, Christian J. Tams, Maral Kashgar (Assistant Editor), David Diehl (Assistant Editor), Oxford University Press, 2012, pp. 1418 - 1419.

③ See *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment*. I. C. J. Reports 1964, pp. 26 - 39.

④ See *Case concerning the Aerial Incident of July 27<sup>th</sup>, 1955 (Israel v. Bulgaria), Preliminary Objections, Judgment of May 26<sup>th</sup>, 1959*; I. C. J. Reports 1959, pp. 136 - 146.



有重视前者的意义。

第五，关于各款规定的顺序。从起草过程来看，在法学家咨询委员会阶段和国联行政院阶段，各款规定的顺序都是有次序的；只是这种次序并没有优先和等级之分。法文本使用“Dans l'ordre suivant”的表述即凸显了此点。但到了国联大会第三委员会小组委员会阶段，有关各款规定顺序适用的规定被最后删除。此变化说明，规约第 38 条各款规定遵循的是法院适用规则的内在逻辑，而不是彼此之重要性。而从渊源的角度来看，体现在规约第 38 条中的各项渊源，同样不应该有优劣之分。

总之，从起草过程来看，《国际法院规约》第 38 条所涉及的国际法诸渊源的规定，各有其不同作用与功能。从该条起草文本的变化来看，本文研究表明，一方面，第 38 条各项规定遵循的内在逻辑是彼此之间并没有优先次序，另一方面，其中各项规定的含义，特别是有关习惯的构成要件之表述，一般法律原则的准确含义以及司法裁决的作用，与当前诸多《国际法》教材中的表述和理解存在一些差距。<sup>①</sup>尤其是对司法裁决作为“确定法律规则的辅助方法”与司法先例之间关系的理解，与国际法庭在实际运用中的司法实践存在不同。了解本条各款措辞在起草过程中的变化，有助于我们对其作用和功能的更准确认知。要在实践中更深入地认识和评价国际法不同渊源的含义与作用，有必要回到这些规定的源头，知晓其制定过程中的细节。

## Article 38 of Statute of the International Court of Justice: Drafting Process and its Enlightenment

*Song Jie*

**Abstract:** Article 38 of the Statute of the International Court of Justice is the starting point for discussing the issue of source of international law. Article 38 of Statute of the International Court of Justice is directly derived from article 38 of Statute of the Permanent Court of International Justice. In the process of drafting and adopting, this article mainly went through the stage of the Advisory Committee of Jurists and the stage of the Council and the Assembly of the League of Nations. In that process, every single provision of this article has different degrees of adjustment and modification. Accurate and comprehensive understanding of the drafting and revision process of the provisions of this article will help to better understand and evaluate the role and function of the various sources of international law.

**Keywords:** Source of international law, Article 38 of Statute of the Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, League of Nations

(责任编辑：罗欢欣)

<sup>①</sup> 国内国际法教材，在解释一般法律原则时，基本忽视了其与“法律格言”之间的关联。参见邵津主编：《国际法》（第五版），北京大学出版社 2016 年第 5 版，第 12 页；邵沙平主编：《国际法》，高等教育出版社 2013 年第 2 版，第 32 页。对于“司法裁决”，强调的是规约第 59 条的制约作用，认为其没有先例的约束力作用。例如，参见邵津主编：《国际法》（第五版），北京大学出版社 2016 年第 5 版，第 13 页。