



大会

Distr.: General
5 April 2019
Chinese
Original: English/French

国际法委员会

第七十一届会议

2019年4月29日至6月7日和
7月8日至8月9日，日内瓦

关于一般法律原则的第一次报告

特别报告员：马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯*

目录

	页次
导言	3
一. 将该专题列入委员会的工作方案.....	3
二. 报告的目的和结构	4
第一部分：综述	4
一. 本专题的范围和成果.....	4
A. 委员会将审议的问题	5
B. 最终成果	9
二. 方法论	9
第二部分：国际法委员会以往的工作	11
一. 国际法委员会在工作中提及一般法律原则.....	11
二. 国际法委员会以往对本专题相关问题的审议.....	16

* 特别报告员谨此感谢 Xuan Shao 女士(牛津大学哲学博士候选人)和 Alfredo Crosato Neumann 先生(国际关系和发展研究生院博士候选人)为编写本报告提供的宝贵协助。



第三部分：随着时间的推移一般法律原则的发展	20
一. 在《常设国际法院规约》通过之前的惯例.....	20
二. 《常设国际法院规约》第三十八条和《国际法院规约》第三十八条中的“一般法律原则为文明各国所承认者”	25
三. 《常设国际法院规约》和《国际法院规约》通过后的一般法律原则	30
第四部分：一般法律原则的要素和起源	42
一. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的一般法律原则要素	42
A. “一般法律原则”	42
B. “承认”	48
C. “文明各国”	52
二. 作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源.....	55
A. 源自国家法律体系的一般法律原则	55
B. 在国际法体系内形成的一般法律原则	65
三. 术语	71
第五部分：今后的工作方案	72
附件	
拟议结论草案	73

导言

一. 将该专题列入委员会的工作方案

1. 在第六十九届会议上，委员会决定将“一般法律原则”这一专题列入其长期工作方案。¹
2. 在 2017 年第六委员会辩论过程中，各代表团强调了该专题的重要性，并普遍欢迎将其列入长期工作方案。² 许多代表团指出，委员会关于这一专题的工作将补充现有关于《国际法院规约》第三十八条第一项所确定的国际法渊源的工作。还有人表示，将该专题纳入委员会工作方案的时机已经成熟，应当给予优先考虑。各代表团普遍认为，委员会可以对一般法律原则的性质、范围和功能能以及识别这些原则的标准和方法作出权威性的澄清。同时，还指出了与该专题有关的可能困难。³ 大会第 72/116 号决议表示注意到该专题被列入了委员会的长期工作方案。⁴
3. 在第七十届会议期间，委员会决定将该专题列入其当前工作方案，并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为特别报告员。2018 年第六委员会的辩论再次显

¹ A/72/10，第 267 段。

² 见奥地利(“被称为‘一般法律原则’的国际法渊源有着各种不同解释，极不一致，迫切需要澄清”)(A/C.6/72/SR.18，第 80 段)；巴西(“将该专题列入委员会议程符合最近或当前开展的关于国际法其他渊源的工作”)(A/C.6/72/SR.21，第 15 段)；智利(A/C.6/72/SR.19，第 87 段)；捷克共和国(A/C.6/72/SR.20，第 20 段)；萨尔瓦多(A/C.6/72/SR.19，第 33 段)；萨尔瓦多(代表拉丁美洲和加勒比国家共同体发言)(A/C.6/72/SR.18，第 38 段)；爱沙尼亚(“这项工作可能有助于全面了解国际法的三个主要渊源”)(A/C.6/72/SR.20，第 75 段)；希腊(“委员会应彻底审查与国际法渊源专题密切相关的一般法律原则专题”)(A/C.6/72/SR.19，第 54 段)；印度(同上，第 15 段)；日本(A/C.6/72/SR.20，第 68 段)；马拉维(A/C.6/72/SR.26，第 137 段)；荷兰(A/C.6/72/SR.20，第 24 段)；新西兰(同上，第 53 段)；秘鲁(A/C.6/72/SR.19，第 12 段)；波兰(“在国际法院所适用的法律渊源中，一般法律原则是委员会尚未分析的唯一一个”)(同上，第 96 段)；葡萄牙(A/C.6/72/SR.18，第 92 段)；罗马尼亚(A/C.6/72/SR.19，第 86 段)；俄罗斯联邦(同上，第 48 段)；新加坡(A/C.6/72/SR.18，第 157 段)；斯洛伐克(“一般法律原则是对国际法主要渊源的重要补充，但迄今未得到委员会的很大重视。继委员会关于条约法、习惯国际法和强行法的工作之后，下一步自然是审议这一专题”)(A/C.6/72/SR.19，第 60 段)；斯洛文尼亚(同上，第 19 段)；瑞典(代表北欧国家)(A/C.6/72/SR.18，第 63 段)；泰国(A/C.6/72/SR.19，第 64 段)；土耳其(A/C.6/72/SR.20，第 83 段)；大不列颠及北爱尔兰联合王国(A/C.6/72/SR.26，第 109 段)。

³ A/CN.4/713，第 83 段。

⁴ 2017 年 12 月 7 日大会第 72/116 号决议，第 7 段。

示了对该专题的普遍支持。⁵ 大会第 73/265 号决议表示注意到该专题被列入了委员会当前的工作方案。⁶

二. 报告的目的和结构

4. 这份第一次报告是初步和介绍性的。其主要目的是为委员会今后关于“一般法律原则”专题的工作奠定基础，并征求委员和各国在这方面的意见。

5. 报告分为五个部分。第一部分探讨某些一般性事项。第一节涉及该专题的范围，并阐述特别报告员认为在委员会工作过程中应该处理的主要问题。该节还提出这项工作的一项可能成果。第二节探讨方法问题。

6. 第二部分涉及委员会以往与一般法律原则有关的工作。

7. 第三部分概述一般法律原则长期以来的发展情况。第一节阐述在《常设国际法院规约》获得通过之前，各国和裁判机构与国际法这一渊源有关的实践。第二节探讨《常设国际法院规约》和《国际法院规约》第三十八条的起草历史。最后，第三节简要总结 1920 年至今与一般法律原则有关的实践。

8. 第四部分对本专题的某些基本方面进行初步评估。第一节侧重于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，探讨其中包含的要素，即“一般法律原则”一词、“承认”的要求和“文明各国”一词。第二节分析作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源。最后，第三节对术语作了一些澄清。

9. 报告第五部分阐述暂定的未来工作方案。

第一部分：综述

一. 本专题的范围和成果

10. 本专题涉及作为国际法渊源之一的“一般法律原则”。在这方面，特别报告员回顾，委员会在国际法渊源领域做出了重要贡献。例如，委员会一些最相关的工作涉及条约法和习惯国际法。因此，委员会能够澄清一般法律原则的各个方面，

⁵ 巴西(A/C.6/73/SR.21, 第 41 段); 哥伦比亚(A/C.6/73/SR.27, 第 35 段); 古巴(A/C.6/73/SR.23, 第 54 段); 捷克共和国(A/C.6/73/SR.21, 第 14 段); 厄瓜多尔(A/C.6/73/SR.23, 第 18 段); 萨尔瓦多代表拉丁美洲和加勒比国家共同体发言)(A/C.6/73/SR.20, 第 24 段); 爱沙尼亚(A/C.6/73/SR.21, 第 58 段); 冈比亚(代表非洲集团发言)(A/C.6/73/SR.20, 第 27 段); 伊朗伊斯兰共和国(A/C.6/73/SR.24, 第 14 段); 意大利(A/C.6/73/SR.20, 第 82 段); 日本(同上, 第 101 段); 马拉维(A/C.6/73/SR.24, 第 42 段); 墨西哥(A/C.6/73/SR.25, 第 57 段); 秘鲁(A/C.6/73/SR.20, 第 86 段); 波兰(同上, 第 99 段); 葡萄牙(A/C.6/73/SR.21, 第 3 段); 大韩民国(A/C.6/73/SR.23 第 70 段); 俄罗斯联邦(A/C.6/73/SR.22, 第 50 段)塞拉利昂(同上, 第 73 段); 新加坡(A/C.6/73/SR.20, 第 96 段); 斯洛伐克(A/C.6/73/SR.21, 第 26 段); 多哥(A/C.6/73/SR.22, 第 103 段); 联合王国(同上, 第 77 段); 美国(A/C.6/73/SR.29, 第 25 段, 但还表示关切的是, “可能没有关于国家实践的足够材料, 使委员会无法得出任何有用的结论”)。

⁶ 2018 年 12 月 22 日大会第 73/265 号决议, 第 7 段。

并在现行法律和实践的基础上以务实的方式这样做。在开展这项工作时，预计委员会将向各国、国际组织、国际性法院和法庭，以及应要求处理作为国际法渊源之一的一般法律原则问题的其他方面提供指导。

11. 自《常设国际法院规约》于 1920 年获得通过以来，一直存在着各种与一般法律原则有关的实践和理论问题。国家以及国际性法院和法庭的实践有时被描述为不明确或含糊不清。此外，大量专门讨论一般法律原则的文献不仅显示这一专题继续有意义，而且还显示了现有观点的多样性和加以澄清的必要性。在这一背景下，鉴于本专题很可能触及国际法体系的某些基本方面，需要采取谨慎和严格的办法。

12. 以下简要介绍特别报告员认为委员会应予处理和澄清的有关该专题的主要问题。这并不是所有现有问题的详尽清单。目的是获得委员和各国对该专题未来工作的早期意见。

A. 委员会将审议的问题

13. 在不排除与本专题有关的其他问题或方面的情况下，提议委员会处理以下问题。本报告稍后将更深入地讨论其中一些问题。

1. 作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质

14. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项是对作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质的权威性陈述。该款案文如下：

法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

.....

(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。

15. 无论是在实践中还是在文献中，这项规定都是处理一般法律原则的重要参考点。特别报告员认为，委员会关于这一专题的工作起点应该是第三十八条第一款(寅)项，并参照国家实践以及国际性法院和法庭的判例对之加以分析。

16. 在这方面，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的三个要素，即“一般法律原则”一词、“承认”的要求和“文明各国”一词，应由委员会从一开始就加以分析。下文第四部分对这些要素进行初步评估。

17. 有几个与该款相关的问题。例如，委员会需要澄清“一般法律原则”一词是否表明了这一国际法渊源的可能性质、内容或功能、其与其他国际法渊源的关系或其适用范围。

18. “承认”的要求特别重要，也许是委员会关于这一专题的工作的核心。委员会可以澄清这方面的一些问题，诸如承认可能采取的不同形式，在确定承认存在时哪些材料是相关的，如何权衡这些材料，以及这种承认在多大程度上是必要的。

19. 另一个需要处理的问题是需谁的承认以及“文明各国”一词的含义。许多人似乎认为该词是不合时宜的，不应再使用。这可以被视为各国目前的立场，在

《常设国际法院规约》和《国际法院规约》获得通过之后，有些条约，诸如《公民权利和政治权利国际公约》⁷ 和《国际刑事法院罗马规约》，⁸ 已弃用该词。

20. 关于需要得到谁的承认的问题，委员会可进一步审议国际组织和其他行为体是否也可能有助于形成作为国际法渊源之一的一般法律原则。

2. 一般法律原则的起源

21. 与上述问题直接相关的是作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源问题。对这一问题存在不同的观点，主要存在于文献中，但也存在于实践中；而且依其起源不同，提到不同类型的一般法律原则。

22. 在可能属于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项范畴的一般法律原则类别中，有两类似乎很突出：(a) 源于国家法律体系的一般法律原则；和(b) 国际法体系中形成的一般法律原则。本报告在下文第四部分探讨这两个类别。

23. 与这一专题有关的文献提及一般法律原则的其他类别。例如，一个作者认为，除了上述两个类别以外，还有“法律概念所固有的以及对于所有法系而言均属基本的”原则、“对于所有社会在等级和协调关系中都适用的原则”以及基于“作为理性和社会存在的人的本性”的原则。⁹ 同样，另一个作者认为，有“适用于所有种类法律关系”的原则以及“法律逻辑”的原则。¹⁰

3. 一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系

24. 委员会不妨审议的其他重要问题是一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源、特别是条约和习惯的关系。对此，委员会在以前的工作中已经在一定程度上加以处理。¹¹

25. 这方面的一些问题需要澄清。例如，一种普遍的观点是，一般法律原则是国际法的补充渊源，¹² 因为这些原则有助于填补条约所定国际法和习惯国际法中的空白，或避免作出“无法可依”的裁定。¹³ 如果是这样，委员会可能需要首先

⁷ 公民权利和政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页。

⁸ 《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日，罗马)，同上，第2187卷，第38544号，第3页。

⁹ O. Schachter, “International law in theory and practice: *General course in Public International Law*”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1982-V*, vol. 178 (1982), pp. 9-396, at pp. 74-75.

¹⁰ H. Mosler, “General principles of law”, in R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Amsterdam, Elsevier, 1995), pp. 511-526, t pp. 513-515.

¹¹ 见下文第65-75段。

¹² “subsidiary(补助)”一词经常出现在文献中。然而，该词也出现在《国际法院规约》关于司法判例和学说的第三十八条第一项(卯)款中，如果用来描述一般法律原则，可能会引起混淆。

¹³ H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, forthcoming), pp. 125-130; A. Pellet and D. Müller, “Article 38”, in A. Zimmermann and C.J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p.

审议国际法中是否存在空白以及如何加以界定。同样，委员会可能需要处理“无法可依”的确切含义，以及国际法是否普遍禁止作出“无法可依”裁定的问题。

26. 还有人提出，一般法律原则除了作为权利和义务的直接渊源以外，¹⁴ 还可以作为国际法其他规则的解釋資料¹⁵ 或作为加强法律推理的工具。¹⁶ 也有人认为一般法律原则有时会发挥更抽象的作用，例如为国际法体系提供信息依据或成为其基础，¹⁷ 或者有助于加强其系统性。¹⁸

27. 另一个涉及到一般法律原则与其他国际法渊源之间关系的问题是自成一体性问题。大多数文献表明，一般法律原则不同于条约和习惯，而对《国际法院规约》整个第三十八条的平义解读也支持这一主张。有些人似乎否认这种自成一体性，例如他们提出，一般法律原则必须以某种方式体现在条约或习惯国际法中。¹⁹

923; M. Andenas and L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, in M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 10 and 14; C. Redgwell, “General principles of international law”, in S. Vogenauer and S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017), p. 7; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), p. 7; J. G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, in F. Kalshoven *et al.* (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aa den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980), pp. 53–77, at p. 64; J. A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), pp. 11–42, at pp. 14 and 29; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), pp. 37–53, at p. 37; A. Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice”, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Geneva, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), pp. 201–236, at pp. 202 and 204; D. Anzilotti, *Cours de droit international* (Editions Panthéon-Assas, 1929/1999), p. 117.

¹⁴ 见下文第 68 段。另见 Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 941。

¹⁵ 见下文第 66 段。另见 Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (上文脚注 13), pp. 10 and 14–15; Raimondo, *General Principles of Law* …… (上文脚注 13), p. 7; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), pp. 64–65。

¹⁶ Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 944; Raimondo, *General Principles of Law* …… (上文脚注 13), p. 7; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (上文脚注 13), p. 202。

¹⁷ 《乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)》，判决书，2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，坎萨多·特林达德法官的个别意见，第 152 页，第 41 段(“在对整个万国法加以解释和适用时，应基于[一般法律原则]；C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (London, Stevens and Sons, 1958), p. 106。

¹⁸ Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”(上文脚注 13), pp. 10 ff.。

¹⁹ 例如，见 G. Tunkin, *Theory of International Law*, L.N. Shestakov (ed.) and William E. Butler (transl. and ed.) (Wildy, Simmons and Hill, 2003), pp. 145–157; G.I. Tunkin, “Co-existence and international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 95 (1958), pp. 1–81, at p. 26; V.M. Koretsky, “Общие Принципы Права” в *Международном Праве* [“国际法中的一般法律原则”] (Kiev, Ukrainian Academy of Sciences, 1957)

28. 一般法律原则与习惯国际法之间的关系有时被描述为不明确，²⁰ 这一关系值得给予特别关注。²¹ 尽管如此，不应忽视这样一个事实，即要产生一项习惯国际法规则，就要求存在一项“被接受为法律的一般惯例”(伴有法律确信)，而一般法律原则需要“为文明各国所承认”。这表明这两种渊源是不同的，不应该混淆。

4. 一般法律原则的识别

29. 如同“习惯国际法的识别”专题一样，委员会可以就如何识别一般法律原则提供实际指导。这个问题与《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中使用的“为文明各国所承认”短语的含义密切相关，因为人们可能必须研究承认一般法律原则的方式和手段，以便识别这些原则。

30. 识别一般法律原则的方法将取决于委员会就上述问题通过的结论。²² 例如，为了识别源自国家法律体系的一般法律原则，可能需要进行两步分析：首先，识别大多数各国法律体系共有的原则；第二，确定该原则是否适用于国际法体系。²³

31. 另一方面，如果委员会得出结论认为，构成一般法律原则的是国际法体系内形成的原则，而不是基于各国法律体系共有的原则，那么识别方法可能会有所不同。上文所述两步分析可能没有必要，但仍需确定《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的“承认”。

32. 此外，委员会可澄清司法裁判和学说，作为《国际法院规约》第三十八条第一项(卯)款意义上的“补助资料”，在识别一般法律原则方面的作用。在这方面，可能需要处理这样的观点，即国际性法院和法庭的裁判不仅有助于识别一般法律原则，而且在这一国际法渊源的形成方面也发挥着实质性作用。²⁴

²⁰ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953), p. 23. 另见下文第 70-71 段。

²¹ 例如，见 Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 943 (“(……)一般法律原则是“暂时性的”，因为在国际上的反复使用会将之转化为习惯，因此没有必要诉诸习惯所基于的一般法律原则。”)。另见 P. Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 47-59。

²² 一般法律原则被描述为一个“混杂的概念”，即其性质和识别方法可能因所涉一般法律原则的类别而异。见 Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), pp. 74-75。

²³ 见下文第三和第四部分。

²⁴ 例如，见 J.R. Leiss, “The juridical nature of general principles”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 79-99。

33. 委员会还不妨审议《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的有些一般法律原则是否可能不具有全球普遍性,而是具有区域性,或者甚至是适用于双边关系的原则。²⁵

B. 最终成果

34. 特别报告员认为,本专题的成果应采取附有评注的结论的形式。在现阶段,似乎可以得出关于该专题范围的第一个结论草案:

“结论草案 1: 范围

本结论草案涉及作为国际法渊源之一的一般法律原则。”

二. 方法论

35. 委员会的工作将主要依据各国的实践。除其他外,这包括声明、外交往来、呈送国际性法院和法庭的书状、条约及其起草历史以及各国法院的裁判。

36. 如果认为国际组织的实践与本专题相关,也可以对其进行分析。

37. 还将分析国际性法院和法庭的判例。目标是尽可能全面地涵盖与本专题相关的现有判例法。

38. 本专题的一个关键方法问题是如何选择相关材料进行研究。“原则”、“一般原则”、“一般法律原则”、“一般国际法原则”和“国际法原则”等词经常出现在实践和文献中,通常却没有明确指出这些原则的渊源。很可能的情况是,当在特定场合使用这类术语时,其所提及的是一项条约所定国际法或习惯国际法规则,而不是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。那么该如何区分呢?

39. 为了让委员会选择相关材料,特别报告员认为有必要考虑某些因素。这些因素包括:

(a) 是否明示提到了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项;

(b) 是否默示提到了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项(例如,通过使用“一般法律原则”一词);

(c) 是否在没有条约所定国际法或习惯国际法规则的情况下援引或适用了一项法律规范;

²⁵ 例如,见 R. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (Geneva, Presses universitaires de France, 2000), pp. 50-52; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), p. 63。

(d) 尽管使用了“原则”、“一般原则”或其他类似术语，是否有一项处理当前局势的条约所定或习惯规则；²⁶

(e) 关于法院或法庭运作的文书中是否载有适用的纳入了一般法律原则的法律条款。²⁷

在可能的情况下，特别报告员在挑选下文讨论的材料时考虑了这些因素。

40. 对关于一般法律原则的学术著作，也将与其他材料一起，以综合和系统的方式进行审议。在这方面，委员会可以在其工作结束时提供一份具有广泛代表性的书目，列出与本专题有关的主要著作。

41. 在委员会就本专题开展工作过程中以及在结论草案的评注中，肯定会提到一般法律原则的例子。不过，根据委员会的惯例，特别报告员认为这些提及仅为说明的目的，委员会不应讨论一般法律原则的实质内容。²⁸

²⁶ 条约所定国际法或习惯国际法的规则有可能会涉及与一般法律原则所涉相同的问题。这方面的一个例子是国际法院适用的已决案件原则；该原则虽然经常被称为一般法律原则，但也与《国际法院规约》第五十九、六十和六十一条相关联。在这种情况下，可能有必要停下来问一个问题，及国际法院是在适用一般法律原则，还是在适用条约规则，还是同时适用两者。

²⁷ 可以说，而且从下文讨论的一些判例法中可见，这些原则的适用可能不必以法院或法庭在规约或特别协定中明示提及一般法律原则为条件。

²⁸ 见委员会在其关于习惯国际法的识别的结论草案中采用的办法(结论 1 评注第(6)段，[A/73/10](#)，第 65 至 66 段，见第 124 页)。

第二部分：国际法委员会以往的工作

42. 在开始分析第一部分所列问题之前，宜先回顾委员会以往可能与审议本专题有关的工作。²⁹ 特别报告员打算酌情加以借鉴。

43. 自国际法委员会成立之初，一般法律原则就出现在委员会的工作中，但往往并不连贯。为方便起见，将这项工作分成了两个部分：第一，国际法委员会提及一般法律原则的情况，包括此类原则的例子。第二，国际法委员会以往对上文所概述本专题某些方面曾进行的审议。

一. 国际法委员会在工作中提及一般法律原则

44. “原则”、“一般原则”、“一般法律原则”以及其他类似的术语在国际法委员会的整个工作中都曾提及。然而，如其他地方往往出现的情况一样，所提及的到底是指《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款意义上的一般法律原则还是其他，并不总是完全清楚。因此，在评估委员会的工作时需要谨慎。

45. 下面所举的例子并非详尽无遗，只是为了加以说明。其中包括：在委员会整体声明中提及一般法律原则，委员个人在辩论过程中的发言中提及一般法律原则，在特别报告员就各种专题提交的报告中提及一般法律原则，以及在秘书处编写的备忘录中提及一般法律原则。

46. 在“拟订纽伦堡原则”(《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》)专题中，委员会拟订了若干与刑事事项有关的“国际法原则”。在审议过程中，委员会审议了它是否“应确定《[国际军事法庭]宪章》和判决书所载原则在多大程度上构成国际法原则”的问题。得出的结论是，“鉴于大会已申明纽伦堡原则，……赋予委员会的任务并非如何认定这些原则为国际法原则，而只是拟订这些原则”。³⁰ 因此，应根据这一有限的任务来理解委员会所阐述的原则。

²⁹ 关于国际法委员会与一般法律原则有关的工作的另一份记述见国际法协会 2018 年关于“国内法原则在国际法发展过程中的运用”的报告草稿(第 106-181 段)。该报告所采取的做法有些不同，侧重于国际法委员会在工作中提及国内法原则的情况。该报告指出，“研究组根据其任务规定，明确侧重于源自国内法的一般原则，而不讨论这些一般原则是否也可能有其他渊源”(同上，第 2 段)。报告还指出，“研究组已完成其工作，但考虑到这一专题的复杂性和持续相关性，建议国际法协会考虑设立一个更具广泛代表性的委员会，以促进……国际法委员会在一般法律原则这一更广泛专题上的工作(包括可衍生出一般原则的其他可能渊源)”(同上，第 70 页)。另见 2018 年 8 月 19 日至 24 日在澳大利亚悉尼举行的国际法协会第七十八届会议上通过的第 9/2018 号决议。

³⁰ 《1950 年……年鉴》，第二卷，A/1316 号文件，第 374 页，第 96 段。另见《1949 年……年鉴》，第 133 页，第 35 段；《1950 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/22 号文件，第 189 页，第 36 段。

47. 在委员会就这一专题进行辩论期间出现了一个关于被告自卫权的法律性质的问题。一位委员认为：

自卫权当然是《宪章》和判决书已确认的一项国际法原则，同时也是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指为文明各国所承认的一般法律原则之一。³¹

关于这一点，另一位委员评论说：“[第三十八条第一项(寅)款]所提到的一般法律原则是国内法原则”，“因此不能认为在这一事项上存在一项国际法原则，而且，该事项属于刑事诉讼程序”。³² 这一观点遭到反对，理由是该条款没有任何规定将其局限为国内法原则。有人指出，“《法院规约》在该段中既指国际法原则，也指国内法原则”。³³

48. 委员会在其关于大陆架及有关问题的条款草案中，在条款草案第 2 条(关于沿海国对大陆架行使控制和管辖)的评注中指出：

委员会并未试图将沿海国为第 2 条所述……之有限目的行使控制和管辖的权利建立在习惯法的基础上。只需说一点就足够了，即大陆架原则系以符合国际社会当前需要的一般法律原则为基础。³⁴

49. 在委员会与仲裁程序有关的工作中也提到了一般法律原则。在 1952 年的第一份仲裁程序草案中，委员会认为，“仲裁庭始终有权根据被视为实在法规则的一般法律原则作出裁定，但无权担当友好公断人，即无权在未经当事各方同意的情况下作出反法裁定”。³⁵ 关于草案第 12 条，委员会还认为：

第 2 款载有整个草案中最重要的规定之一。符合世界上许多司法体系所公认的一般法律规则，根据这一规则，法官不得以法律没有规定或规定不清为由拒绝作出判决。³⁶

50. 1958 年对草案第 12 条进行了进一步的辩论，有人建议将其删除。³⁷ 最后这一条文被作为第 11 条(“仲裁庭不得以适用法律没有规定或规定不清为由作出“无法可依”裁定”)保留。³⁸ 委员会还通过了第 10 条，涉及在当事各方未就应

³¹ 《1949 年……年鉴》，第 205 页，第 75 段。

³² 同上，第 206 页，第 80 段。斯皮罗普洛斯还说，“该款的意思是，法院在必要时应将国内法的一般原则适用于解决国际争端”(同上)。

³³ 同上，第 206 页，第 81 段。然而，塞勒指出，“任何国际法原则都起源于习惯(……)。因此，任何原则在成为国际法原则之前，首先都是国内法的一般原则，在其发展的这两个阶段，法院都可以将其适用于国际事务”(同上)。

³⁴ 关于大陆架及有关问题的条款草案第 2 条的评注第 6 段，《1951 年……年鉴》，第二卷，A/1858 号文件，附件，见第 142 页。

³⁵ 对仲裁程序草案第 9 条的评注第(8)段，《1952 年……年鉴》，第二卷，A/2163 号文件，第二章，见第 63 页。另见《1953 年……年鉴》，第一卷，第 194 次会议，第 63 至 64 页，第 73 段。

³⁶ 对仲裁程序草案第 12 条的评注第(2)段，《1952 年……年鉴》，第二卷，A/2163 号文件，第二章，见第 64 页。另见《1953 年……年鉴》，第一卷，第 188 次会议，第 24 页，第 25 至 26 段。《1958 年……年鉴》，第一卷，第 441 和 442 次会议，第 46 至 49 页，第 17 至 52 段。

³⁷ 《1958 年……年鉴》，第一卷，第 50 至 54 页，分别见第 69 至 74 段和第 1 至 42 段。

³⁸ 《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 84 页及其后各页，第 22 段。

适用的法律达成任何协议的情况下，仲裁庭除其他外，可适用“一般法律原则为文明各国所承认者”。³⁹

51. 委员会在关于条约法的工作中，曾多次提及一般法律原则。例如，特别报告员赫什·劳特帕赫特爵士提出，“关于条约的有效性、条约的执行、解释和终止的条件遵循国际习惯，并在适当的情况下，遵循为文明各国所承认的一般法律原则”。⁴⁰ 还提到了以下方面的一般法律原则：标的非法则合约无效、⁴¹ “诈欺使一切归于无效”、⁴² 错误作为同意方面缺陷⁴³ 以及“协定不约束第三方”规则的例外。⁴⁴

52. 在关于国家对国家财产、档案和债务的继承的条款草案中，委员会在谈到国家动产时提到衡平这一“一般原则”，该原则“决不应从人们的视线中消失；而且，在这些情况下，该原则要求将财产在继承国与被继承国之间进行分配”。⁴⁵

53. 《国际刑事法院规约草案》第 33 条规定，法院除其他外，应适用“可适用条约和一般国际法的原则和规则”。⁴⁶ 该条评注指出，“一般国际法的‘原则和规则’这一提法包括一般法律原则，因此法院一旦在条约没有明确规定的问题上需要指导，就可以正当地诉诸无论是在国内法庭中还是在国际实践中找到的全部刑事法律”。⁴⁷

54. 委员会似乎也在其与《危害人类和平及安全治罪法草案》有关的工作中确定了一些“一般原则”。根据《纽伦堡原则》，委员会确认了“国际法对国际法上各项罪行的个人责任和惩罚可以直接适用的一般原则”。⁴⁸ 同样，委员会还确认了“在构成国际法上罪行之行为的刑事定性方面国际法具有在国内法之上的自

³⁹ 同上。

⁴⁰ 《1953 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/63 号文件，第 90、105 至 106 页，专题特别报告员提出的条约法条款草案第 3 条及其评注。

⁴¹ 同上，第 155 页，对条款草案第 15 条的评注，第 5 段。

⁴² 《1963 年……年鉴》，第一卷，第 679 次会议，第 32 至 38 页，第 2 至 60 段。

⁴³ 同上，第 680 次会议，第 41 至 43 页，第 19 至 60 段。

⁴⁴ 条约法条款草案第 62 条草案评注第(1)段，《1964 年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/167 和 Add.1-3，第 20 页。

⁴⁵ 关于国家对国家财产、档案和债务的继承的条款草案第 2 节评注第(8)段，《1981 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30 页。

⁴⁶ 国际刑事法院规约草案第 33 条，《1994 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 91 段，见第 51 页。

⁴⁷ 第 33 条评注第(2)段，同上。另见第(5)段，同上，见第 52 页。关于委员会以前就这一问题进行的辩论，见《1992 年……年鉴》，第一卷，第 2254 至 2264 次会议，第 3 至 69 页；同上，第二卷(第二部分)，第 14 页，第 77 段。《1993 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 17 页，第 63 段。

⁴⁸ 《危害人类和平及安全治罪法草案》第 1 条评注第(8)段，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 50 段，见第 18 页。

成一体性的一般原则”。⁴⁹ 值得注意的是，委员会还指出，不必让个人预先知道对一项罪行的确切惩罚这一情况“符合根据习惯国际法或《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯军事法庭(纽伦堡法庭)判决书》以及《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第2款所确认的一般法律原则对罪行施加惩罚的先例”。⁵⁰

55. 同样，委员会还提到“关于共谋的刑法一般原则”⁵¹ 以及“引渡或起诉”的“一般原则”⁵² 和公平审判的“一般原则”⁵³。

56. 治罪法草案第14和第15条涉及抗辩以及减罪情节的可接受性，两者均必须“依照一般法律原则”加以考虑。⁵⁴ 关于第14条，委员会解释说，主管法院必须根据一般法律原则考虑抗辩是否有效，这就将可能的抗辩限于“在国内法和国际法中对类似严重犯罪可以接受的那些确定和普遍承认的抗辩”。⁵⁵ 在减罪情节方面也得出类似的结论。⁵⁶ 委员会认为，要确定这些问题应遵循的可适用的一般原则，可从在纽伦堡法庭审判主要战犯之后出现的各军事法庭和国家法院判例法中获得指导。⁵⁷

57. 委员会还在其关于国家对国际不法行为的责任的条款中提到各种“原则”、“一般原则”、“一般法律原则”和“国际法一般原则”。⁵⁸ 例如，就第3条而言，委员会确定了一项“原则”，即把一国的行为定性为国际不法行为不因国内法把同一行为定性为合法行为而受到影响。⁵⁹

⁴⁹ 第(12)段，同上。

⁵⁰ 第3条评注第(7)段，同上，见第23页。

⁵¹ 第6条评注第(5)段，同上，见第26页。

⁵² 第9条评注第(2)段，同上，见第31页。

⁵³ 第11条评注第(4)段，同上，见第34页。在委员会关于这一专题的辩论中，也提到了某些“刑法的一般原则”。例如，见《1985年……年鉴》，第一卷，第15页第23段、第20页第51至52段、第27页第42段、第38页第27段、第52至53页第35至36段；《1986年……年鉴》，第一卷，第140页第43段、第141至142页第58和61段、第150页第1和4段、第151页第11和14至16段、第177页第36段；《1988年……年鉴》，第一卷，第287页，第46至47段。

⁵⁴ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，见第39页和第42页。

⁵⁵ 第14条评注第(3)段，同上，见第39页；这个问题的进一步讨论见《1991年……年鉴》，第2236次会议，第一卷，第192至194页，第66至94段。

⁵⁶ 第15条评注第(3)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段，见第42页。

⁵⁷ 第(4)段，同上。

⁵⁸ 在“国际组织的责任”专题中也有类似的提法。见《2011年……年鉴》，第二卷(第二部分)。

⁵⁹ 关于国家对国际不法行为的责任条款第3和第32条的评注，《2001年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第76至77段，见第36至38、94页。

58. 在行为归属方面，委员会提到了私人或私人实体以及不成功的叛乱运动的行为不归于国家这一“一般原则”。⁶⁰ 委员会还提到时际法的“一般原则”，⁶¹ 以及国际不法行为的法律后果不影响该国继续履行所违背义务的责任这一“一般原则”。⁶² 关于不可抗力，委员会认为其“有条件可成为一般法律原则”。⁶³

59. 委员会在其《危险活动所致跨界损害的损失分配原则》中指出，“有些关于支付赔偿的一般原则已随时间推移而有所发展，并得到[国际法院]和其他国际性法庭的认可”。⁶⁴ 在委员会的辩论中，还提到了《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款意义上的一般法律原则，例如“谁污染谁付费”原则。⁶⁵

60. 委员会在关于外交保护的工作中认为，在股东受到直接损害的情况下，如果公司是在作出不法行为的国家成立，“可能有理据援引公司法的一般原则，以确保外国股东的权利不受到歧视待遇”。⁶⁶ 同样，委员会认为，在共同行使外交保护权的情况下，与这种情况有关的问题“应该按照国际性法庭和国家法庭确认的、适用于共同索赔抵偿的一般法律原则予以处理”。⁶⁷

61. 委员会国际法不成体系问题研究组在其结论中提到了特别法优于一般法的“一般原则”、“公理”或“公认的解释和解决冲突的方法”，⁶⁸ 提到了后法废止前法“原则”，⁶⁹ 还提到了“一致性原则”，将其视为一项“公认的原则，即当若干规范涉及单个问题时，应尽可能作出能产生一套单一的相容义务的解釋”。⁷⁰

62. 在对研究组 2005 年关于同一专题的报告进行辩论期间，委员会一位委员指出，该报告“相当模糊地提到了‘国际法的一般原则’”。他表示认为，至少在法文中，“*les principes généraux du droit international*” (国际法的一般原则)与“*les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*” (一般法律原则

⁶⁰ 第 8 和第 10 条评注，同上，见第 47、50 和 52 页。

⁶¹ 第 13 条评注，同上，见第 57 至 59 页。

⁶² 第 29 条评注第(2)段，同上，第 76 至 77 段，见第 88 页。

⁶³ 第 23 条评注第(8)段，同上，见第 78 页。在 1978 年的一项研究中，秘书处也提到不可抗力可能成为一项一般法律原则(见《1978 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/315 号文件，第 206 至 207 页，第 525 至 529 段)。

⁶⁴ 危险活动所致跨界损害的损失分配原则的原则三评注第(18)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 66 至 67 段，见第 76 页。

⁶⁵ 例如，见《2003 年……年鉴》第一卷，第 2766 次会议，第 107 页第 32 段和第 109 页第 48 段。

⁶⁶ 外交保护条款第 12 条评注第(4)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 49 至 50 段，见第 43 页。

⁶⁷ 第 6 条评注，第(4)段，同上，第 34 页。

⁶⁸ 国际法不成体系问题研究组结论第(5)段，同上，第 251 段，见第 178 页。

⁶⁹ 第(24)至(27)段，同上，见第 181 页。

⁷⁰ 第(4)段，同上，见第 178 页。

为文明各国所承认者)之间有着明确的区别,后者才是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的原则。⁷¹

63. 委员会在《对条约的保留实践指南》的评注中提到诚信和对等的“一般原则”。⁷² 关于后者,委员会认为,这一原则“不仅作为一般原则被承认,而且成为自动适用的原则,既不需要条约中的具体条款,也不需要接受这种保留的国家或国际组织作出单方面的声明”。⁷³

64. 在委员会工作过程中被视为一般法律原则的其他规范包括:反诉与主诉之间的关联、⁷⁴ 费用与开支的划分、⁷⁵ 司法裁判的公开宣读、⁷⁶ 滥用权利、⁷⁷ 不法行为不产生权利、⁷⁸ 同意的自由、⁷⁹ 标的非法则合约无效、⁸⁰ 管辖权的管辖权⁸¹ 和“共同预期”概念⁸²。

二. 国际法委员会以往对本专题相关问题的审议

65. 除了在整个工作中对一般法律原则的提及和例举外,国际法委员会还处理过与本专题有关的一些具体问题,第一部分概述了这些问题。

⁷¹ 《2005 年……年鉴》，第一卷，第 2860 次会议，第 218 页，第 60 段。

⁷² 《对条约的保留实践指南》准则 3.1.5 的评注第(5)段和准则 4.2.4 的评注第(33)段，《2011 年……年鉴》，第二卷(第三部分)，分别见第 213 页和第 271 页。

⁷³ 准则 4.2.4 的评注第(33)段，同上，见第 271 页；

⁷⁴ 《1953 年……年鉴》，第一卷，第 188 次会议，第 27 页，第 75 段。

⁷⁵ 同上，第 192 次会议，第 53 页，第 98 段。

⁷⁶ 同上，第 193 次会议，第 57 页，第 65 段。

⁷⁷ 同上，第 236 次会议，第 362 页第 92 段和第 376 页第 67 至 68 段；《1953 年……年鉴》，第二卷，第 219 页，第 100 段。

⁷⁸ 《1953 年……年鉴》，第二卷，[A/CN.4/63](#)，第 148 页，专题特别报告员提出的条约法条款第 12 条草案的评注第 3 段。

⁷⁹ 同上，第 149 页，第 6 段。

⁸⁰ 同上，第 155 页，专题特别报告员提出的条约法条款第 15 条草案的评注第 5 段。

⁸¹ 《1958 年……年鉴》，第一卷，第 441 次会议，第 45 页，第 8 段。

⁸² 《1982 年……年鉴》，第一卷，第 1739 次会议，第 243 页，第 6 段。

66. 例如，国际法不成体系问题研究组的工作结论⁸³ 对本专题的某些方面具相关意义，包括一般法律原则与国际法其他渊源之间的关系，以及一般法律原则的功能。研究组通过的以下结论值得特别强调：

(a) 在特别法优于一般法公理方面，规范的来源(无论是条约、习惯还是一般法律原则)对于确定更为具体的标准来说，并不是决定性的。但在实践中，条约往往通过援引相关习惯法和一般[法律]原则而发挥特别法的作用”；⁸⁴

(b) 一般法(包括一般法律原则)在特别制度中的作用之一是填补空白；⁸⁵

(c) 根据《维也纳条约法公约》第三十一条第三项(丙)款，一般法律原则可作作为条约以外用于解释的渊源；⁸⁶

(d) 制度整合的目的将作为同时具有积极和消极方面的假设而适用：“(a) 使缔约方依据习惯国际法和一般法律原则来处理条约本身未明文解决的一切问题；(b) [缔约国]在承担条约义务时不打算以有悖于公认国际法原则的方式采取行动”；⁸⁷

(e) 一般法律原则与条约解释尤其相关，特别是在出现下述情况时：“(a) 条约规则不清楚或未确定；(b) 条约用语在一般法律原则中……有公认的含义；(c) 条约没有就适用的法律作出规定，解释者必须采用[制度整合的]假设，寻找在国际法另一领域中产生的规则来解决问题”；⁸⁸

(f) “国际法的主要渊源(条约、习惯和一般法律原则……)相互之间并不存在等级关系。”⁸⁹

67. 研究组还审议了“规则”和“原则”之间的区别，指出：二者的关系“是抽象程度一低一高的两种规范之间的典型关系。因此，一条“规则”有时可以被看作是一条“原则”的具体运用，是取代该原则而适用的一项特别法或后法。”⁹⁰

⁸³ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 177 页，第 251 段。

⁸⁴ 国际法不成体系问题研究组结论第(5)段，同上，见第 178 页。另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(可查阅委员会网站，第五十八届会议文件；最终文本将作为《2006 年……年鉴》，第二卷(第一部分)的增编发布)，第 66 段。

⁸⁵ 国际法不成体系问题研究组结论第(15)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，见第 179 页。

⁸⁶ 第(18)段，同上，见第 180 页。另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(见上文脚注 84)，第 469 段。《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，见联合国《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

⁸⁷ 第(19)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 180 页。另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(见上文脚注 84)，第 465 段。

⁸⁸ 第(20)段，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，见第 180 页。

⁸⁹ 第(31)段，同上，见第 182 页。另见“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(见上文脚注 84)，第 85 段(“任何法院或律师在回答规范问题时，首先要看的是条约，其次是习惯，再次是一般法律原则”)。

⁹⁰ “国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”，由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(见上文脚注 84)，第 28 段。

研究组还指出：“一般原则或先前的原则也可被看作是对具体规则(或后来的规则)的基本原理或目的的说明”。⁹¹

68. 在其关于国家对国际不法行为的责任的条款中，就第 12 条(违背国际义务行为的发生)，委员会认为，“国际义务可能是由习惯国际法规则、条约或国际法律秩序内适用的一般原则确定的”。⁹²

69. 习惯国际法识别专题特别报告员在其工作一开始就想到涵盖习惯国际法与一般法律原则之间关系的可能性。⁹³ 这得到了一些委员的支持。⁹⁴

70. 特别报告员在第一次报告中简要讨论了一般法律原则和习惯国际法之间的区别。⁹⁵ 他指出：(a) 对两者的区分很重要，但这种区分在判例法和文献中并不十分明确；(b) 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项将一般法律原则与习惯国际法分列，在判例法和各种著作中，有时认为这条规定不仅指各种国内法系通用的原则，也指国际法一般原则；(c) 在习惯国际法标准不存在的情况下，国际法院也可能诉诸国际法一般原则；(d) 虽然很难抽象地区分习惯国际法同一般法律原则，但不论一般法律原则的范围如何，仍有必要确定这些在性质上需要基于实际国家实践的规则。⁹⁶ 特别报告员还提到了“一般国际法”一词，他指出：“该词所指有时比一般习惯国际法更宽，比如指习惯国际法加上一般法律原则和(或)广泛认可的国际公约”。⁹⁷ 他提出，“如果从上下文看不出该词的意思，就应当明确阐释其意图表达的具体意思”。⁹⁸

71. 委员会内部关于这些问题的辩论比较简短。一些委员同意特别报告员的做法，认为应研究这两个渊源之间的关系，还就这一关系提出了一些初步意见。例如，一位委员指出：

[一个]重要的互动是习惯国际法与一般法律原则之间的互动，后者经常与习惯法的传统标准结合使用，或取代习惯法的传统标准。因此，可以想见，习惯规则有可能被按照公认的一般原则来解释。这些原则的作用与习惯国际法的形成与证据密切相关。但是，委员会必须谨慎行事，不要排除将一项一般

⁹¹ 同上，第 29 段。

⁹² 关于国家对国际不法行为的责任条款第 12 条的评注第(3)段，《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76 至 77 段，见第 55 页。另见国家责任条款草案第 17 条草案的评注，《1976 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 78 段，见第 80 至 87 页。

⁹³ 《2012 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，[A/CN.4/653](#) 号文件，第 55 页，第 14 段。

⁹⁴ 同上，第一卷，第 3148 次会议，第 138 页第 31 段；第 3151 次会议，第 164 页第 27 段；第 3152 次会议，第 173 页第 8 段。

⁹⁵ [A/CN.4/663](#)，第 36 段。

⁹⁶ 同上。

⁹⁷ 同上，第 42 段。另见 [A/73/10](#)，第 123 页，脚注 667。

⁹⁸ [A/CN.4/663](#)，第 42 段。

原则确认为国际法渊源的可能性，无论其是作为一项独立的规则，还是作为对源于其他渊源的其他规则的补充。⁹⁹

另一位委员提出，“当根据国内法规定适用的一般法律原则被频繁地移用到国际法时，这些原则就成为习惯国际法规则。这一情况发生的过程是委员会不可忽视的一种形成方式。”¹⁰⁰ 另一位委员指出案例法和各种文献对习惯国际法与一般法律原则之间的区分并不总是很清楚，并以国际法院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为例，“因为法院的结论是以对习惯国际法、国际人道主义法和一般国际法的分析为依据，但并没有澄清这些不同渊源之间的关系。”¹⁰¹ 另一位委员也提到习惯国际法与一般法律原则很难区分，并提出了“条约必须遵守”是一般法律原则、习惯国际法规则还是条约规则的问题，表示：“标准可能是存不存在实际的国家实践”。¹⁰² 还有观点认为，“一般国际法”一词包括一般法律原则。¹⁰³

72. 特别报告员在第二次报告中回顾说，人们“普遍同意，委员会需要在一定程度上处理习惯国际法与国际法其他渊源之间，尤其是与条约和一般法律原则之间的关系”。¹⁰⁴ 与此同时，他认为，委员会应避免触及与其他最好另行处理的国际法渊源有关的问题。¹⁰⁵ 委员会采取了这一做法，并在关于习惯国际法识别的结论草案的评注中明确指出：

没有试图解释习惯国际法与《国际法院规约》第三十八条第一款所列的国际法其他渊源(不论一般或特别国际协约以及一般法律原则)之间的关系；只有在为了解释习惯国际法规则的识别方法而必须谈到这一问题时，才予以述及。¹⁰⁶

73. 特别报告员在其第二次报告中讨论了一般法律原则与一般国际法强制性规范(强行法)之间的关系。¹⁰⁷ 特别报告员的关注重点是，《维也纳条约法公约》第五十三条中的“一般国际法”一词是否包括一般法律原则，以及后者是否可构成强行法规范的基础。

⁹⁹ 《2013 年……年鉴》，第一卷，第 3183 次会议，第 92 页，第 14 段。

¹⁰⁰ 同上，第 3182 次会议，第 89 页，第 39 段。

¹⁰¹ 同上，第 3183 次会议，第 26 页，第(5)段。

¹⁰² 同上，第 3184 次会议，第 97 页，第 21 段。

¹⁰³ 同上，第 98 页，第 30 段。

¹⁰⁴ [A/CN.4/672](#)，第 3 段。

¹⁰⁵ 同上，第 14 段。委员会委员对特别报告员关于不触及习惯国际法与一般法律原则之间关系的决定所作出的反应见：[A/CN.4/SR.3223](#)，第 11 页(卡弗利施先生)；[A/CN.4/SR.3226](#)，第 3 页(斯图尔马先生)和第 6 页(哈穆德先生)；[A/CN.4/SR.3227](#)，第 6 页(迈克尔·伍德爵士)。

¹⁰⁶ 关于习惯国际法的识别的结论草案，结论 1 评注第(6)段，[A/73/10](#)，第 65 至 66 段，见第 124 页。

¹⁰⁷ [A/CN.4/706](#)，第 48 至 52 段。

74. 特别报告员指出，“一般法律原则像习惯国际法规则一样，都是普遍适用的”，但除了文献之外，没有什么权威依据可以认为一般法律原则可作为强行法规范的基础。¹⁰⁸ 经过一些分析后，他得出结论，认为“一般国际法”一词也涵盖一般法律原则，¹⁰⁹ 并提出一项结论草案，指出这些原则可作为强行法规范的基础。¹¹⁰

75. 起草委员会修正后暂时通过了特别报告员提出的案文。起草委员会暂时通过的结论草案 5 第 2 段如下：“条约规定和一般法律原则也可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础”。¹¹¹

第三部分：随着时间的推移一般法律原则的发展

76. 为了阐明一般法律原则的性质，更广泛而言，为向委员会成员提供一些背景和相关材料，本部分阐述了各国和裁判机构在《常设国际法院规约》通过之前的惯例、《常设国际法院规约》第三十八条第三款和《国际法院规约》第三十八条第一款(寅) 项的起草历史，以及后来在国家实践和国际性法院法庭裁判中提及的这一国际法渊源。¹¹²

一. 在《常设国际法院规约》通过之前的惯例

77. 特别报告员认为有必要回顾在《常设国际法院规约》通过之前的实践，在这些实践中所诉诸的是来自条约和习惯以外其他渊源的规则或原则。如一些作者所指，之所以诉诸这些规则或原则，至少一部分是由于当时的国际法尚未充分发展，不足以处理所有情况，而争端仍不得不解决。¹¹³

78. 十八世纪至二十世纪初为解决争端而缔结的许多条约载有广泛适用的法律条款。这些条款规定，裁判机构必须根据“国际法”、“国际法原则”、“公正”和“公平”等概念就提交给它们的争端作出裁判。¹¹⁴ 例如，1907 年《海牙关于

¹⁰⁸ 同上，第 48 段。

¹⁰⁹ 同上，第 52 段。

¹¹⁰ 特别报告员提出的结论草案 5 第 3 段为：“《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款所称的一般法律原则也可作为国际法强行法规范的基础”(同上，第 46 页)。关于该报告的一般性辩论情况见 A/CN.4/SR.3368-3370 和 3372-3374。

¹¹¹ 起草委员会主席的发言，2017 年 7 月 26 日，附件第 11 页。

¹¹² 下文提及的例子并非详尽无遗。下文第四部分和今后报告将提及更多资料并作出更详尽的分析。

¹¹³ A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), pp. 7 and 15; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London, Longmans, 1927), p. 39. 另见 H. Waldock, “General course on public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106 (1962), p. 54.

¹¹⁴ 例如，见 1794 年的 Treaty of Amity, Commerce and Navigation (“Jay Treaty”) between Great Britain and the United States 第七条；1839 年的 Convention for the adjustment of claims of citizens

建立国际捕获法院公约》(第十二公约)(该公约虽从未生效,但后来在起草《常设国际法院规约》第三十八条第三款时被提及)第七条规定,如果条约或普遍承认的国际法规则未就某一问题作出规定,法院则应“根据公正和公平的一般原则作出判决”。¹¹⁵

79. 1899 年《海牙和平解决国际争端公约》和 1907 年《海牙和平解决国际争端公约》也载有一项宽泛的关于适用法律的条款。该条款规定,应“在尊重法律的基础上”解决争端(分别为两公约的第十五条和第三十七条)。如下文所示,根据这两项公约而设立的一些仲裁庭适用源自条约和习惯以外其他渊源的规则或原则。

80. 1899 年《关于陆战法规和惯例的公约》(第二公约)序言中的马腾斯条款同样值得强调,因为在起草《常设国际法院规约》第三十八条第三款时也提及该条款。该条款规定:

在颁布更完整的战争法规之前,缔约各国认为有必要声明,凡属他们通过的规章中没有包括的情况,居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖,因为这些原则源自文明人民间的习俗、人类法和公众良知的要求。¹¹⁶

81. 在解决争端时,国家和裁判机构所遵循的源自条约和习惯以外渊源的规则和原则,既依据上文所述关于适用法律的规定,也有缺乏这些规定的情况。

82. 例如,在 *Cestus* 案(1870 年)中,仲裁员审议英国就英国船只因阿根廷关闭港口作为对乌拉圭的一项战争行为而遭受损失提出的索偿。在驳回英国依据某些条

of the United States against Mexico 第四条; 1860 年的 Convention concerning the adjustment of claims of citizens of the United States against Costa Rica 第二条; 1871 年的 Treaty of Washington between Great Britain and the United States (为解决“阿拉巴马索赔”而缔结)第六条; 1882 年的 Convention for the reparation of damages caused to French citizens between Chile and France 第 6 条; 1882 年的 Arbitration Convention between Chile and Italy 的第 6 条; 1896 年的 Arbitration Agreement between Argentina and Chile 第 4 条; 1899 年的 Arbitration Agreement for the settlement of claims between Italy and Peru 第二条; 1907 年的 Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice 第二十二条; 1910 年的 Special Agreement for the submission to arbitration of pecuniary claims outstanding between the United States and Great Britain 第 7 条。这些条约和其他有关条约可查阅 J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 6 vols. (Washington, Government Printing Office, 1898) 和 H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Bern, Stämpfli, 1902)。

¹¹⁵ 见下文第 95 和 97 段。1907 年海牙和平会议第一委员会编写的报告对这一条款的解释如下: “[法院]因此被要求造法,并考虑到对其判决被提出上诉的国际捕获法院必须遵守的原则以外的其他原则。我们相信,各国挑选的法官将堪当重任、宽严相济。他们将把实践引向正义,而不会给实践造成麻烦。由于担心裁判是否公正,交战国家和国家法官可能会多做理性思辨,从而开展更严肃、更认真的调查,以防采用的法规和作出的裁判过于武断(……)”。见 J.B.Scott, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 1920), pp. 189-190。

¹¹⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920* (The Hague, Van Langenhuisen Bros., 1920), 13th meeting(见下文第 97 段)。马腾斯条款之后还列入《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》(1907 年)及随后的条约之中,在前者中保留了相同措辞,在后者中则有所修改。

约条款¹¹⁷ 提出的论点之后，仲裁员继而分析阿根廷是否有义务“依公正原则”而赔偿损失。¹¹⁸ 这一论点也被驳回，其中一个理由是“一项世界普遍的法理原则，即行使其权利的人不得触犯任何人”。¹¹⁹

83. 在英国和美国之间的阿拉巴马号索赔案(1872 年)仲裁中，仲裁庭被要求适用有关尽职调查、计量损失和支付利息的规则和原则。¹²⁰ 仲裁庭的论点简明扼要，当事方的辩状中则援引本国法，以支持各自论点。¹²¹

84. 在 *Fabiani* 案(1896 年)中，仲裁员对法国国民在委内瑞拉法院受到的损害适用了司法不公的概念。仲裁员依据瑞士联邦法院的判例、法国民事诉讼法和有关学说阐述了这一概念。结论中特别指出：

参照各国一般法律原则，即大多数制定法所共有的规则或学说所教导的规则，可以断定，司法不公不仅包括司法当局拒绝履行其职责(……)也包括迟迟不予宣判。¹²²

85. 在墨西哥和美国之间的虔诚基金案(1902 年)中，仲裁庭被要求确定，墨西哥-美国混合委员会之前作出的一项裁定是否受已决案件原则的规限。¹²³ 在仲裁过程中，当事双方广泛依据各自的国内法和罗马法提出其论点。¹²⁴ 仲裁庭在裁决中认为，已决案件原则是适用于国际仲裁的一项原则。¹²⁵

¹¹⁷ La Fontaine, *Pasicrisie internationale*(上文脚注 114)，第 64-66 页。特别协定中没有包含关于适用法律的条款。

¹¹⁸ 同上，第 66 页。

¹¹⁹ 同上，第 67 页。

¹²⁰ 《阿拉巴马号索赔(美利坚合众国诉英国)》，1872 年 9 月 14 日裁决，联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十九卷，第 125-134 页。

¹²¹ 例如，见 *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, May 8, 1871* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1872), pp. 150-158(界定“尽职”规则)。另见 Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (上文脚注 113)，第 216-223 页。

¹²² La Fontaine, *Pasicrisie internationale*(上文脚注 114)，第 356 页(另见《*Antoine Fabiani* 案，1905 年 7 月 31 日，联合国国际仲裁裁决汇编》，第十卷，第 83-139 页，见 91 页)。仲裁员还依据不同的国家法律体系阐述证据标准(第 362 页)和责任(第 363-364 页)。

¹²³ 这一争端是根据 1902 年的一项特别协定提交仲裁的。特别协定中没有包含适用的法律条款。见《虔诚基金案(美利坚合众国诉墨西哥)》，1902 年 10 月 14 日裁决，联合国国际仲裁裁决汇编》，第九卷，第 1-14 页，见第 7-10 页。另见下文第 101 段。

¹²⁴ 当事方援引了罗马法、拿破仑法典以及比利时、法国、德国、墨西哥、荷兰、普鲁士、西班牙和美国的法律和判例法。见 *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias* (Washington, Government Printing Office, 1902), Answer of Mexico, pp. 7-8; Replication of the United States, pp. 7, 10; Conclusions of Mexico, p. 11; Statement and Brief on Behalf of the United States, pp. 32, 46-47, 50-52; Record of Proceedings, pp. 123, 130, 131, 235, 309。

¹²⁵ 虔诚基金(上文脚注 123)，第 12 页。此案还讨论并适用了管辖权的管辖权原则。

86. 在委内瑞拉特惠案(1904 年)中,¹²⁶ 仲裁庭根据“国际法原则和公正准则”裁定,德国、英国和意大利享受的某些金钱索赔特惠待遇权优于其他有类似要求的国家。¹²⁷ 在北大西洋海岸渔业案(1910 年)中,¹²⁸ 美国认为,存在对其有利的“国际地役”,即剥夺英国在英国某些水域对美国国民进行渔业管理的独立存在的权利。仲裁庭在驳回美国这一权利主张时,除其他外,依据了法国民法和罗马法,认为这种地役不适用于国家间关系。¹²⁹

87. 在德国和英国之间的鲸湾边界案(1911 年)中,¹³⁰ 仲裁员在界定适用法律时认为,向他提出的两个主要问题是:

必须按照国际公法的原则和实证规则加以解决,以及在依之不能解决时,根据一般法律原则加以解决,因为上述《1890 年协定》[或]补充的《1909 年 1 月 30 日柏林声明》都没有以任何方式授权仲裁员根据其他规则作出裁决,并且,根据惯常理论和实践,公认无法推定具有这种权力。¹³¹

88. 之后在“俄罗斯赔偿案”(1912 年)中,¹³² 仲裁庭被要求就与偿付延期利息或补偿性利息有关的事项作出裁决。仲裁庭认为它将适用国际公法,同时也将依据各国的国内法(民法)和罗马法。¹³³ 仲裁庭得出结论认为,“le principe général de la responsabilité des Etats implique une responsabilité spéciale en matière de retard dans le paiement d’une dette d’argent, à moins d’établir l’existence d’une coutume internationale contraire[国家责任的一般原则意味着,若延迟支付债务,则负有特殊责任,除非确定存在相反的国际习惯]”。¹³⁴ 仲裁庭还考虑到国家法律体系,并断定,俄罗斯已放弃关于支付这类利息的要求。它特别指出:

Dès l’instant où le Tribunal a reconnu que, d’après les principes généraux et la coutume en droit international public, il y avait similitude des situations entre un

¹²⁶ 这一争端是根据 1903 年委内瑞拉为一方与德国、英国和意大利为另一方达成的一项特别协定提交仲裁的。协定中没有包含关于适用法律的条款,但确实提及 1899 年的《海牙公约》。见《委内瑞拉特惠案(德国、英国、意大利、委内瑞拉等), 1904 年 2 月 22 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第九卷, 第 105-106 页。

¹²⁷ 同上, 第 108-110 页。

¹²⁸ 《北大西洋海岸渔业案(英国、美国), 1910 年 9 月 7 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 167-226 页。这一争端已根据一项协定提交仲裁。协定中没有包含适用的法律条款, 但确实提及《1907 年海牙公约》(见第 173-178 页)。

¹²⁹ 同上, 第 181-182 页。仲裁庭还提及诚信原则(第 186-189 页)。

¹³⁰ 《鲸湾边界案(德国、英国), 1911 年 5 月 23 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 263-308 页。争端是根据一项没有关于适用法律的条款的协定提交仲裁的(见第 265-266 页)。

¹³¹ 同上, 第 294 页。

¹³² 《俄罗斯赔偿案(俄罗斯, 土耳其), 1912 年 11 月 11 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 421-447 页。当事方之间的协定中没有包含关于适用法律的条款, 但提及 1907 年的《海牙公约》(见第 427-430 页)。

¹³³ 同上, 第 439-440 页、第 442 页。

¹³⁴ 同上, 第 441 页。

Etat et un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie les règles de droit privé commun aux cas où la demeure doit être considérée comme purgée et le bénéfice de celle-ci supprimée. – En droit privé, les effets de la demeure sont supprimés lorsque le créancier, après avoir constitué le débiteur en demeure, accorde un ou plusieurs délais pour satisfaire à l'obligation principale sans réserver les droits acquis par la demeure.¹³⁵

[由于法庭已确认, 根据国际公法的一般原则和习惯, 在承担依习惯而定的固定和应付金额的债务方面, 国家与个人的条件有相似之处, 因此将普通私法的规则比照适用于支付要求须被视为业已解除且从该支付中应获利益也须被视为消失的案件之中, 也是符合衡平规则和明文法定规则的。-在私法中, 若债权人在向债务人提出法律要求后, 对主要债务的支付给予一次或多次延期, 且未保留因该法律要求而获得的权利, 则支付要求的效力即消失。]

89. 上述做法尽管并非总是清晰, 但构成了起草《常设国际法院规约》第三十八条第三款的背景。有些作者更进一步认为, 第三十八条第三款实际上是对这一以往做法进行编纂。¹³⁶ 尽管如此, 有几点似乎是明确的: 首先, 援引和适用了被认为不同于条约和习惯、但有时又与之相互关联的规则或原则; 第二, 在仲裁协定中提及如“公正”和“公平”等宽泛概念可能已授权依据这些规则或原则, 但

¹³⁵ 同上, 第 446 页。另见以下案件(见 Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, (上文脚注 113), Part III): 大不列颠与葡萄牙在 *Yuille, Shortridge 和 Cie* 案中的争端(1861 年)(《1861 年 10 月 21 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十九卷, 第 57-71 页); *Delagoa* 湾铁路仲裁(1875 年)(Moore, *History and Digest of the International Arbitrations...* (上文脚注 114), 第 2 卷, 第 1865 页); *Van Bokkelen* 案(1888 年)(La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, (上文脚注 114), 第 301-322 页); 白令海仲裁(1893 年)(《1893 年 8 月 1 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十八卷, 第 263-276 页); 英属圭亚那边界仲裁(1899 年)(《1899 年 10 月 3 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第二十八卷, 第 331-340 页); *Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White and Kate and Anna* 案(1902 年)(《1901 年 10 月 19 日至 1902 年 11 月 29 日, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第九卷, 第 51-78 页); 阿拉斯加边界案(1903 年)(《1903 年 10 月 20 日, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十五卷, 第 481-540 页); 日本房税案(1905 年)(《1905 年 5 月 22 日, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 41-58 页); *Grisbadarna* 案(1909 年)(《1909 年 10 月 23 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 147-166 页)。另见 *U.S. v. Schooner La Jeune Eugenie* (1822), Fed. Case No. 15551, p.28(“万国法可源自: 首先是公允和公正的一般原则, 这些原则适用于个人关切, 继而适用于国家关系和义务; 或其次, 在一些不涉善恶是非或存在疑问的事情上, 文明各国约定俗成和承认的做法; 或最后, 规范国家间交往的条约所定法或实在法”)。

¹³⁶ 例如, 见 Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 923; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9th ed. (Harlow, United Kingdom, Longman, 1996), pp. 38-39; Jenks, *The Common Law of Mankind* (上文脚注 17), pp. 266-268; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 20), pp. 19-20; A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52 (1935), pp. 191-251, at p. 220; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (上文脚注 113), pp. 67-69。关于与此不同的观点, 见 J. d'Aspremont, “What was not meant to be: general principles of law as a source of international law”, in R. Pisillo Mazzeschi and P. de Sena (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (Cham, Springer, 2018), pp. 163-184。

没有这种授权并不排除使用这些规则或原则；¹³⁷ 第三，在适用这些规则或原则时，仲裁员并非根据公允及善良原则作出裁决；¹³⁸ 第四，国家和仲裁员往往依据国家法律体系和罗马法来识别有关规则或原则。

二. 《常设国际法院规约》第三十八条和《国际法院规约》第三十八条中的“一般法律原则为文明各国所承认者”

90. 《常设国际法院规约》和《国际法院规约》是在若干不同论坛上起草的：法学家咨询委员会(1920年)、国际联盟理事会和大会(1920年)、联合国法学家委员会(1945年)和联合国国际组织会议第 IV/1 号委员会(1945年)。虽然仅从这些工作中可能不一定得出明确结论，但这些工作在将“一般法律原则为文明各国所承认者”纳入两《规约》第三十八条方面提供了一些有益指导。

91. 早在法学家咨询委员会开始工作之前，就有人提议《常设国际法院规约》提及“一般法律原则”(或一更宽泛的概念)，作为除条约和习惯外的补充渊源。例如，德国提议，法院的判决应“根据国际协定、习惯国际法以及一般法律原则和公平原则作出”。¹³⁹ 同样，丹麦、挪威和瑞典提议，在缺乏条约和“国际法既定规则”的情况下，法院应适用“一般法律原则”。¹⁴⁰ 另一方面，瑞士提议，在缺乏条约或“万国法原则”的情况下，法院应根据“公正和公平”作出裁判。¹⁴¹ 与这些提法不同的是，“五个中立国”(丹麦、荷兰、挪威、瑞典和瑞士)的联合提案建议，在缺乏条约或“公认的国际法规则”的情况下，法院“应根据其认为应依据的有关国际法规则作出判决”。¹⁴²

92. 法学家咨询委员会¹⁴³ 在第 13 次会议上开始讨论法院将适用的法律问题。对条约和习惯很快即决定采用，没有进行太多的讨论。而对一般法律原则则进行

¹³⁷ Kolb, *La bonne foi en droit international public*(上文脚注 25), 第 36-37 页。

¹³⁸ Raimondo, *General Principles of Law ...*(上文脚注 13), p. 10; V.D. Degan, *Sources of International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), p. 35; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (上文脚注 113), pp. 40-41; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (上文脚注 113), pp. 63-67.

¹³⁹ 《常设国际法院，法学家咨询委员会，向设立常设国际法院现有计划委员会提交的文件》，第 129 页。

¹⁴⁰ 同上，第 179 页。这一点的备选案文是：“法院将根据其认为应依据的国际法规则作出裁判”。另见第 205 页。

¹⁴¹ 同上，第 267 页。

¹⁴² 同上，第 301 页。

¹⁴³ 法学家咨询委员会由国际联盟理事会根据《联盟盟约》第十四条设立，于 1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日举行会议。其成员为：Mineichiro Adatci(日本)、Rafael Altamira(西班牙)、Clovis Bevilacqua(巴西)(之后由 Raoul Fernandes 接替)、Baron Descamps(比利时)、Francis Hagerup(挪威)、Albert de Lapradelle(法国)、B.C.J.Loder(荷兰)、Lord Philipmore(联合王国)、Arturo Ricci-Busatti(意大利)和 Elihu Root(美国)。

了长时间辩论，委员会内部意见不一。因此，特别报告员认为，详述这些辩论不无裨益。

93. 委员会主席 Descamps 一开始就提出以下条款：

法官在解决国际争端时应适用下列规则；并按以下顺序进行：

1. 协定国际法，无论是一般法还是特别法，都是各国明示采用的规则；
2. 国际习惯，是被各国接受为法律的国家间惯例；
3. 文明各国法律良知所承认的国际法规则；
4. 作为法律适用和发展手段之一的国际判例。¹⁴⁴

94. 这项提案的第三和第四款引起了不同反应。第三款遭到 Root 的反对。他认为不够清晰，且有潜在的危险。¹⁴⁵ 他认为，委员会必须“限于公约和实在国际法所载的规则”。¹⁴⁶ Phillimore 立场相似，认为该提案是在“赋予法院立法权”。¹⁴⁷

95. De Lapradelle 提出了一个更简短的表述：“法院应依照法律、公正和公平来裁判”。¹⁴⁸ 同时，他认为，界定法院应适用的法律实无必要，而明确规定法院不能作为立法者则不无助益。他还提出，应允许法院考虑某一特定的法律解决办法是否“公正和公平”。¹⁴⁹ Hagerup 在提及《关于建立国际捕获法院公约》第七条时指出，有必要避免“无法可依”的裁定，并认为只有在获得授权的情况下，法院才应诉诸公平。¹⁵⁰

96. Loder 不同意 Root 的意见，并说，“已经提及全世界承认和遵守的规则，但这些规则还不属于实在法的性质，而法院恰恰有责任发展法律，使普遍承认的习惯和原则“成熟”，并将其定型化为实在规则；一言以蔽之，就是建立国际判例”。¹⁵¹

97. 委员会在第 14 次会议上继续进行这一辩论。Descamps 提出这样一个问题：“在将协定和习惯记录为法律之后，是否应增加客观正义，在意在防止武断决定的条件下作为其它方面的补充”。¹⁵² 他解释说，在他看来，“如果认为国家只能受经相互同意达成的约定的约束，那就大错特错了”。他还认为，“客观正义

¹⁴⁴ 《委员会议事录逐字记录，1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日》(上文脚注 116)，第 13 次会议，第 293 页及其附件 3，第 306 页。

¹⁴⁵ 同上，第 293-294 页。

¹⁴⁶ 同上，第 294 页。

¹⁴⁷ 同上，第 295 页。

¹⁴⁸ 同上，第 295 页。

¹⁴⁹ 同上，第 295-296 页。

¹⁵⁰ 同上。

¹⁵¹ 同上，第 294 页。

¹⁵² 同上，第 14 次会议，附件 1，第 322-323 页。

是法官适用的自然原则”。¹⁵³ 他还认为，Root 将法院适用的法律局限于条约和习惯的办法可能等于“拒绝司法”，并会使法官处于“强制性失明状态”。¹⁵⁴ 他继而援引了《海牙关于建立国际捕获法院公约》(第十二公约)第七条和“马滕斯条款”，为他最初的建议辩护。¹⁵⁵

98. Hagerup 同意 Descamps 的观点。关于 Root 的立场，他的理解是，这将限制法院的权限，使其“处于与普通法院完全不同的地位，后者可能无法宣布无法可依”。他还重申其观点，即“法院的任务之一将是发展判例法”。¹⁵⁶

99. Root 回应说，他认为，“世界愿意接受适用普遍承认的国际法规则的法院的强制管辖权”，但是，不接受“适用在不同国家有不同理解的原则的法院的强制管辖权”。¹⁵⁷ 他补充说，“无法想象，一国政府会允许自己被在一家依据对公正原则的主观概念作出判决的法院控告。法院不能有立法权”。¹⁵⁸ Descamps 对此回应说，尽管公正原则可能因国而异，至少在某些“次要”规则方面是如此，然而，“当它涉及每个人铭刻在心的公正与不公正的根本法则，并在文明各国的法律良知中得到最高和最权威的表达时，情况绝非如此”。¹⁵⁹ 他还补充说，“他的建议非但不会给法官们太多的裁判自由，反而会限制其自由(……)这将给法官规定一项义务，使其不能过分依赖自己的主观意见；他们有责任考虑他们的良知要求是否符合文明各国的公正概念”。¹⁶⁰

100. Ricci-Busatti 在某种程度上同意 Root 的意见，特别是在法院不应担任立法者这一点上。Ricci-Busatti 进一步认为，“宣布缺乏国际法的实在规则……却确立了一种法律情况。不被禁止的即是允许的；而这是法院必须适用的一般法律原则之一。如果某一案件提交法院审理，且如果法院认为有关该案件的规则不存在，法院则应宣布，一方对另一方没有权利，被告国的行为不违反任何被承认的规则”。¹⁶¹ De Lapradelle¹⁶² 和 Descamps 不同意这一观点。后者指出，如果没有可适用的协定规则或习惯规则，“法官必须适用一般法律原则。但是，他不可随心所欲地适用这些原则。因此，他敦促法官遵从文明人民的法律良知要求作出裁判”。¹⁶³

¹⁵³ 同上，第 323 页。

¹⁵⁴ 同上。

¹⁵⁵ 同上，第 323-324 页。

¹⁵⁶ 同上，第 14 次会议，第 307 页。

¹⁵⁷ 同上，第 308 页。

¹⁵⁸ 同上，第 309 页。

¹⁵⁹ 同上，第 310-311 页。

¹⁶⁰ 同上，第 311 页。

¹⁶¹ 同上，第 314 页。Phillimore 似乎同意这一观点(见 316 页)。

¹⁶² 同上，第 315 页。

¹⁶³ 同上，第 318-319 页。

101. 在委员会第 15 次会议上, Root 就该条提出了一项新提案, 将“一般法律原则为文明各国所承认者”作为法院适用的第三个渊源。¹⁶⁴ 如上所述, Descamps 在前一次会议上已经使用了“一般法律原则”一词, 他同意这一提案。¹⁶⁵ 根据国内法院适用一般原则的类比, Fernandes 指出, “凡出于逻辑上理由、而非出于任意行使主权理由在国家事务中属真实合法者, 在国际事务中则不可能虚假非法。再者, 由于国际事务中缺乏立法, 习惯法的形成非常缓慢, 因此, 在国际法中承认适用这些原则的实际必要性要比杂国内法中大得多”。¹⁶⁶ 他举例提及“美洲关于各国权利和义务的声明”, 并进一步解释说, 法院有权在没有条约或习惯的情况下, “根据该争端发生前未被争端当事国之一的法律传统所拒绝的国际法原则”判决。¹⁶⁷ Phillimore 指出, “第 3 点提及的一般原则是所有国家在本国法院中都接受的原则, 如某些程序原则、诚信原则和已决案件原则”, ¹⁶⁸ 而他所说的“一般法律原则”是指“法律公理”。¹⁶⁹ De Lapradelle 指出, “形成国内法基础的原则也是国际法的渊源。然而, 目前唯一得到普遍承认的原则是获得一致或准一致支持的原则”。¹⁷⁰ 同时, 他认为不宜指明“这些原则应该的确切渊源”。¹⁷¹

102. Root 的提议在委员会第 27 次会议上获得通过, 并未作修改。¹⁷² 委员会方案草案第三十五条第三款如下:

法院应在第三十四条确定的管辖权限内, 按下列顺序适用:

.....

3. 一般法律原则为文明各国所承认者。¹⁷³

103. 方案草案提交国际联盟供各国审议, 并提出了一些关于第三十五条第三款的提案。在第一届大会第三委员会小组委员会内, 法国提议, 列入“一般法律和

¹⁶⁴ 同上, 第 15 次会议, 第 331 页及其附件 1, 第 344 页。Root 似乎接受了这一措辞, 因为“[它]依据的是美国最高法院的一项裁决”。见 O. Spiermann, “‘Who Attempts Too Much Does Nothing Well’: The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, in *British Yearbook of International Law*, vol. 73 73 (2002), pp. 187–260, at p. 217。

¹⁶⁵ 《逐字记录》(上文脚注 144), 第 14 次会议, 第 331 页。

¹⁶⁶ 同上, 第 331 页, 以及其附件 2, 第 346 页。

¹⁶⁷ 同上, 第 346 页。

¹⁶⁸ 同上, 第 335 页。他之前提到虔诚基金案(同上, 第 316 页)。

¹⁶⁹ 同上。

¹⁷⁰ 同上。

¹⁷¹ 同上, 第 336 页。

¹⁷² 同上, 第 27 次会议, 第 584 页和第 31 次会议, 第 648 页。

¹⁷³ 同上, 第 32 次会议, 附件, 第 680 页。委员会的最后报告没有对这项条款作出重大解释(见同上, 第 34 次会议, 附件 1, 第 729-730 页)。

公正原则”的表述。¹⁷⁴ 法国解释说，这项修正将“使法院能够说明其裁判依据的唯一理由是公允，但“这并不意味着法院可能无视现有规则”。¹⁷⁵ 这项建议获得暂时通过。¹⁷⁶ 后来，希腊反对这项修正，并建议第三十五条第三款改为：“一般法律原则以及在当事国同意下，文明各国承认的一般公正原则”。¹⁷⁷ 经过讨论，决定保留法学家咨询委员会最初起草的第三十五条第三款，并在该条款末尾添加一句如下：

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。¹⁷⁸

104. 关于方案草案第三十五条起首部分中出现的“按以下顺序”等字，小组委员会决定将其删除。¹⁷⁹

105. 在起草《国际法院规约》时，《常设国际法院规约》第三十八条第三款没有任何变动，只是作为第三十八条第(一)项(寅)款出现。在联合国法学家委员会内，哥斯达黎加提议删除“一般”一词，但未予讨论。此外，法国指出，“虽然第三十八条起草得不好，但很难在委员会支配的时间内作出更好的草案”。它还指出，常设国际法院根据《规约》第三十八条运作良好。¹⁸⁰

106. 在 1945 年旧金山会议上，智利指出，《常设国际法院规约》第三十八条没有提及国际法，并提议将第三十八条第三款的措辞改为“文明各国承认的一般法律原则，特别是国际法原则”。各代表团回应说，没有必要增加这一内容，因为第三十八条一直早被视为意指有义务适用国际法。¹⁸¹ 在智利提出新的提案后，第三十八条的起首部分从“法院应适用(……)”改为“法院的职能是根据国际法裁判提交给它的争端，法院应适用(……)”。¹⁸²

107. 第三十八条所列渊源适用顺序问题在旧金山也一度出现。哥伦比亚建议，应按渊源出现的先后顺序适用渊源，但随后放弃了这一建议。¹⁸³

¹⁷⁴ 《关于国际联盟理事会根据盟约第 14 条采取的行动和大会通过常设法院规约的文件》(1921 年，日内瓦)，第三委员会小组委员会，第 7 次会议，1920 年 12 月 1 日，第 145 页。

¹⁷⁵ 同上。

¹⁷⁶ 同上。

¹⁷⁷ 同上，第 10 次会议，1920 年 12 月 7 日，第 157 页。

¹⁷⁸ 同上。

¹⁷⁹ 同上，第 7 次会议，1920 年 12 月 1 日，第 145 页。

¹⁸⁰ 联合国国际组织会议文件，旧金山，1945 年，第十四卷，第 7 次会议，1945 年 4 月 13 日，第 162 页，见第 170 页。

¹⁸¹ 联合国国际组织会议文件，旧金山，1945 年，第十三卷，第 IV/1 号委员会第 5 次会议，1945 年 4 月 13 日，第 162 页，见第 164 页。

¹⁸² 同上，第 IV/1 号委员会第 19 次会议，1945 年 6 月 6 日，第 279 页，见第 284-285 页。另见同上，第 IV/1 号委员会报告员的报告，Nasrat Al-Fasry，第 381 页，见第 392 页。

¹⁸³ 同上，第 IV/1 号委员会第 19 次会议，1945 年 6 月 6 日，第 279 页，见第 287 页。

108. 《国际法院规约》及其前身的第三十八条第一款(寅)项起草历史表明如下几点。首先,如一些作者所指,¹⁸⁴ 起草者似乎认为,在《规约》中列入“一般法律原则为文明各国所承认者”,他们并非是在创造一个新的国际法渊源,而是在编纂一个已经存在的国际法渊源。第二,列入这第三个渊源的部分原因似乎是担心法院可能拒绝行使其管辖权,认为无法可依,但同时也普遍同意,法院不应有立法的权力。¹⁸⁵

109. 第三,起草历史对一般法律原则的起源提供了一些重要澄清。一方面,委员会成员普遍同意,一般法律原则可源自本国法院中采用的原则。另一方面,委员会并不排除一般法律原则也可源自他处的可能性。¹⁸⁶ 最后,这些工作材料还表明,一般法律原则构成国际法的一部分,该条款中所列的不同国际法渊源之间并没有正式的等级关系,而且一般法律原则显然不同于“公允及善良”原则。

三. 《常设国际法院规约》和《国际法院规约》通过后的一般法律原则

110. 在《常设国际法院规约》和《国际法院规约》通过后,作为国际法渊源之一的一般法律原则多次在国家和司法实践中被提及和适用。本节的目的是简要概述一般法律原则在近期实践中的适用情况,并说明国际法的这一渊源至今仍然具有的现实意义和可能发挥作用的各种情形。

A. 国际文书中提及的一般法律原则

111. 无论是为了制定法院法庭将适用的法律,还是为了确定具体实质条款的范围,在《常设国际法院规约》和《国际法院规约》通过后缔结的许多条约都提及了一般法律原则。

112. 在提及一般法律原则时,一些条约照搬了两《规约》第三十八条的措辞。¹⁸⁷ 其他条约则使用了与第三十八条类似但不完全相同的措辞。例如,1921年瑞士和德国之间的《仲裁和调解条约》第5条规定:

¹⁸⁴ 见上文脚注 132。

¹⁸⁵ Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 923; O. Spiermann, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A purely platonic discussion’?”, in J. d’Aspremont and S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), pp. 167 and 171; Spiermann, “‘Who attempts too much does nothing well’ ...” (上文脚注 164), p. 215。

¹⁸⁶ G. Gaja, “General Principles in the Jurisprudence of the ICJ”, in M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 37.

¹⁸⁷ 例如见 Treaty of Conciliation and Arbitration between Poland and Czechoslovakia 第 19 条(Warsaw, 23 April 1925, *Arbitration and Security: Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations*, 2nd ed. (Publication of the League of Nations 1927.V.29, Geneva, 1927), p. 236); Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and The Netherlands 第 4 条(The Hague, 20 May 1926, 同上, p. 291, 见 p. 292); Treaty of Conciliation and Arbitration between Poland and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes 第 19 条(Geneva,

仲裁庭应适用：

第一：缔约方之间生效的公约，不论是一般公约还是特别公约，以及由此产生的法律原则；

第二：国际习惯，作为被接受为法律的通例证据；

第三：一般法律原则为文明各国所承认者。

在特定情况下，如果上述法律依据不充分，仲裁庭应根据自己认为国际法应遵循的法律原则作出裁决。为此目的，它应以法律权威核可的裁判和以判例为指导。

如果当事各方同意，仲裁庭可以根据衡平考虑而非基于法律原则作出裁决。¹⁸⁸

113. 在国际刑法领域，值得对《罗马规约》加以注意。¹⁸⁹《规约》第二十一条题为“适用的法律”，其中规定：

(一) 本法院应适用的法律依次为：

(a) 首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；

(b) 其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；

(c) 无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范 and 标准……。

114. 《罗马规约》的工作文件可就第二十一条第(一)款第 2 项和第(一)款第 3 项的含义提供一些提示。委员会的《国际刑事法院规约草案》列出了三个法律渊源，即本规约、“可适用条约及一般国际法的原则和规则”、“国内法的任何可适用

18 September 1926, 同上, p. 342, 见 p. 345); 1936 年比利时和法国之间的《仲裁协定》第 2 条 (《1937 年 3 月 1 日裁决, 国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1701-1716 页, 见第 1704 页); 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会 2002 年《议事规则》第 19 条第 2 款; 2012 年新加坡和马来西亚之间的《提交协定》第 2 条。另见委员会 1958 年最后审定的《仲裁程序示范规则》第 10 条(《1958 年……年鉴》, 第二卷, 第 84 页及其后各页, 第 22 段)。

¹⁸⁸ Treaty of Arbitration and Conciliation between the Swiss Confederation and the German Reich (Bern, 3 December 1921), *Arbitration and Security* (上文脚注 187), p. 201, 见 p. 202。另见 1925 Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Finland 第 5 条(Berlin, 14 March 1925, 同上, p. 226, 见 p. 227); 1925 Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Estonia 第 5 条(Berlin, 10 August 1925, 同上, p. 284, 见 pp. 285-286); 1926 Treaty of Arbitration and Conciliation between Germany and Denmark 第 4 条(Berlin, 2 June 1926, 同上, p. 269, at pp. 269-270)。

¹⁸⁹ 与《罗马规约》不同，其他国际刑事法庭的规约不包含关于“适用的法律”的条款。但是，如下一节所示，这并不排除这些法庭适用一般法律原则。见秘书长根据安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告(S/25704)，第 58 段(“[前南斯拉夫问题国际法庭]必须参照各国承认的一般法律原则，自行裁定可以免除个人刑事责任的多种个人辩护理由，例如最低年龄要求或心智低能”)。

规则”，但没有具体说明它们之间的等级关系。¹⁹⁰ 正如上文第二部分所示，在对本条款的评注中，委员会指出，“一般国际法的‘原则和规则’这一提法包含一般法律原则，因此法院一旦在条约没有明确规定的问题上需要指导，就可以正当地求助于无论在国内法庭上还是在国际实践中可见的整套刑事法律”。¹⁹¹

115. 设立国际刑事法院筹备委员会讨论过“是否应授权法院进一步拟订/制定《规约》中未写明的刑法的一般原则”的问题，¹⁹² 各代表团也提出过各种建议。有些人赞成给予法院一定程度的司法自由(例如，可拟定犯罪要件以及责任和辩护原则)，而另一些人则反对让法院充当立法者的意见，并倾向于参照国内法。¹⁹³

116. 筹备委员会的最后草案载有一项关于适用的法律的条款(草案第 20 条)，与最后成为《罗马规约》第二十一条的条款类似。但是，它对法院适用的第三个法律渊源列有两种备选案文。第一种备选案文规定，法院将适用“法院从世界各法系的国内法……中得出的一般法律原则”。第二种备选案文要求法院适用基于不同依据选定的特定国家的国内法。¹⁹⁴

117. 在 1998 年在罗马举行的联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议上，各国基本上结合了这两种备选案文，从而达成了折衷解决办法。适用法律工作组的一份工作文件解释说，“大多数代表团赞成备选案文 1，但有些代表团仍然赞成备选案文 2。有一种意见认为，可以将备选案文 2 中列明的法律作为备选案文 1 中提到的国内法的范例，以便将这两种备选案文结合起来”。¹⁹⁵ 工作组的报告还指出，“一些代表团认为，原则上，不应提及任何国家的国内法。法院应从对各法系及其各自国内法的一般调查中得出原则”。¹⁹⁶

118. 学者们对《罗马规约》第二十一条有不同的解释。有一种意见认为，第(一)款第 2 项(“国际法原则和规则”)载有《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所述的一般法律原则。¹⁹⁷ 另一种意见认为，第(一)款第 3 项(“本法院从世界各法

¹⁹⁰ 国际刑事法院规约草案第 33 条，《1994 年……年鉴》，第二卷(二)，第 91 段，见第 51 页。

¹⁹¹ 第 33 条的评注第(2)段，同上。

¹⁹² 《设立国际刑事法院筹备委员会的报告，第二卷，大会正式记录，第五十一届会议，补编第 22A 号》(A/51/22)，第 104 页。

¹⁹³ 同上，第 104-107 页。另见《设立国际刑事法院筹备委员会的报告，第一卷，同上，补编第 22 号》(A/51/22)，第 179-188 段。

¹⁹⁴ 设立国际刑事法院筹备委员会的报告，A/CONF.183/2/Add.1，第 46-47 页。

¹⁹⁵ A/CONF.183/C.1/WGAL/L.1，第 2 页。

¹⁹⁶ A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2 和 Corr.1，第 2 页。另见《联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议，1998 年 6 月 15 日至 7 月 17 日，罗马，正式记录，第二卷，全体会议和全体委员会会议简要记录》(A/CONF.183/13(Vol.II))，全体委员会，第 12 和 13 次会议，第 217-224 页。

¹⁹⁷ W.A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 520(“第二十一条第(一)款第 3 项似乎意味着，‘一般原则’不是被当作确定国际公法内容的一种手段、而是被放在比较刑法的背景下来使用的。第二十一条第(一)款第 3 项提及这些原则不得违反国际法和国际承认的规范和标准，如果该条款的用意是将“一般原则”包含在内，而该词被用来指国际公法的三个主要渊源之一，那么这种提法会导致不合逻辑的结果。因此，‘文明国家承认的一般法律原则’应放在第二十一条第(一)款第 2 项而

系的国内法中得出的一般法律原则”)是对《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项更准确的表述。¹⁹⁸ 第三种意见认为,《罗马规约》第二十一条的这两项中都载有第三十八条第一款(寅)项所述的一般法律原则。¹⁹⁹

119. 正如一位作者指出的,《罗马规约》第二十一条所列的似乎是一般源自《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)款的渊源,但经过了某些“修改,以考虑到刑法的特殊性,特别是对明确性和具体性的要求”。²⁰⁰ 同一作者正确地指出,第二十一条反映了《罗马规约》谈判期间达成的折衷,涉及的主要问题是,一方面考虑到合法性原则、另一方面考虑到国际刑法中可能存在的欠缺,应给予法官多少酌处权。²⁰¹

120. 《罗马规约》第二十一条起草期间进行的辩论和达成的折衷表明,第二十一条第(一)款第 3 项是独一无二的,因为它旨在考虑到国际刑法的特殊性质和考虑因素。因此,可能不宜认为它是对《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项更精切的表述。但是,由于此前的第(一)款第 3 项明确提及了“一般法律原则”,加之如下文第四部分所示,国家和司法实践支持一般法律原则可以源自国家法律体系的立场,因此可以认为它涵盖了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的部分范围。关于《罗马规约》第二十一条第(一)款第 2 项,可以得出结论认为,它也包含《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所述的一般法律原则,因为它与委员会编写的草案初稿相似。

不是第(一)款第 3 项下考虑”)。然而, Schabas 也指出,上诉分庭在最近的一项判决中就一般法律原则提及《罗马规约》第二十一条第(一)款第 3 项(见下文第 213-214 段),“使这一问题变得不太确定”(第 520-521 页)。另见 J-P. Perez-Leon-Acevedo, “Reparation Principles at the International Criminal Court”, in M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), 第 332-333 页; J. Powderly, “The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique”, in C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2015), 第 478 和 482 页。

¹⁹⁸ A. Pellet, “Article 21”, in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 1051, at pp. 1071-1073 (“也许不应将《规约》第二十一条第(一)款第 2 项的文字给予不应有的重视。事实上,这项规定无疑仅仅是指习惯国际法,而‘关于武装冲突的国际法确定的原则’显然是习惯国际法的一个组成部分……。与《国际法院规约》第三十八条相比,《国际刑事法院规约》第二十一条对[一般法律原则]的定义更好、更精确,因为它指明这些原则是‘法院从世界各法系的国内法中得出的’,从而消除了关于其性质的所有不确定性,并明确将其与国际法的一般原则区分开来”)。

¹⁹⁹ R. Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), para. 28(“根据《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的措辞、其立法历史以及其目标和宗旨,有一种看法似乎更有根据,即一般原则不仅可以源自国内法,也可以源自国际法。这一推断因《国际刑事法院规约》第二十一条而得到强化,因为该条明确区分了源自国际法的一般原则和源自国内法的一般原则”)。另见 M. deGuzman, “Article 21”, in O. Triffterer and K. Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed. (Munich and Oxford, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), pp. 932-948, at pp. 939-944。

²⁰⁰ 上述 deGuzman, “Article 21”(见前一脚注), p. 933。

²⁰¹ 同上。

121. 在人权法领域,《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第 2 款规定,“任何人的行为或不行为,在其发生时依照各国承认的一般法律原则为犯罪者,本条规定并不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判和对他施加的刑罚”。与此类似,《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)第 7 条第 2 款规定,²⁰²“任何人的行为或不行为,在其发生时依照各文明国家承认的一般法律原则为犯罪者,本条规定并不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判和对他施加的刑罚”。这两项条约的工作文件都表明,引入这些条款是为了进一步确认和加强大会 1946 年 12 月 11 日第 95(I)号决议所声明的原则(纽伦堡原则)。²⁰³

122. 在这方面值得一提的是,按照《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第 2 款的表述,1982 年《加拿大宪法》第 11(g)条规定,“任何被控犯罪的人都有权……不得因任何作为或不作为而被判有罪,除非该行为或不行为在发生时根据加拿大法律或国际法构成犯罪,或根据各国承认的一般法律原则为犯罪”。《斯里兰卡宪法》载有一项类似的规定(第 13(6)条),其中同样提及“各国承认的一般法律原则”。

123. 在国际经济法领域可以找到更多例子。例如,2008 年《中国和新西兰自由贸易协定》第一百四十三条第二款规定,“公平和公正待遇包括基于一般法律原则,确保投资者不会在任何与投资者投资相关的法律或行政程序中被拒绝公正对待,或受到不公平或不公正对待的义务”。其他投资协定规定,“‘公正和公平待遇’包括根据世界各主要法系所含正当程序原则,在刑事、民事或行政裁判程序中不拒绝公正对待的义务”。²⁰⁴

124. 各项国家特许协议中也提及一般法律原则。例如,1935 年《(卡塔尔)石油开发有限公司和卡塔尔酋长之间的协定》所载关于适用法律的条款规定,“裁判应符合文明国家熟悉的法律原则”。1933 年波斯政府给予盎格鲁-波斯石油有限公司的特许权中载有一项条款,规定“裁判应以《常设国际法院规约》第三十八条所载司法原则为依据”。

125. 一些区域条约的条款似乎都提及一般原则,但适用范围有限。例如,2007 年《欧洲联盟运作条约》第 340 条规定,“如属非契约性赔偿责任,欧盟应根据成员国法律共同的一般原则,对其机构造成的损害或其公务员履行职责时造成的

²⁰² 《欧洲保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日,罗马),联合国,《条约汇编》,第213卷,第2889号,第221页。

²⁰³ 见 A/2929,第 127 页,第 96 段; A/4625,第 15-16 段; A/C.3/SR.1008,第 2 和 14 段; A/C.3/SR.1010,第 9 段; A/C.3/SR.1012,第 15 段; A/C.3/SR.1013,第 14-15、17 段;欧洲人权委员会,关于《欧洲人权公约》第 7 条的筹备工作,委员会秘书处编写的资料文件(DH(57)6),第 4 页。

²⁰⁴ 例如见 2018 Central America-Korea Free Trade Agreement 第 9.5 条第 2(a)款; 2014 Australia-Korea Free Trade Agreement 第 11.5 条第 2(a)款; 2008 United States-Rwanda Bilateral Investment Treaty 第 5 条第 2(a)款; 2005 United States-Uruguay Bilateral Investment Treaty 第 5 条第 2(a)款。

损害给予赔偿”。²⁰⁵ 《非洲人权和人民权利宪章》第 61 条规定，²⁰⁶ “委员会还应考虑非洲国家承认的一般法律原则……作为确定法律原则的辅助措施”。与此类似，1997 年《独立国家联合体经济法院议事规则》第 29 条规定，法院应除其他外适用“独联体成员国承认的一般法律原则”。

B. 国际司法实践中的一般法律原则

126. 作为国际法的一个渊源，一般法律原则在当代司法实践中多次且在不同的司法辖区被提及。如上文所述，特别报告员不打算在此完整、详细地介绍此类实践的情况(这是本报告下文和今后各报告讨论具体问题时要做的事)，但简要地说明一般法律原则发挥作用的各种不同情形还是有益的。目前阶段，特别报告员希望强调指出，本小节集中介绍与诉讼有关的实践(原因很简单，它的材料更容易获得)，但这决不意味着一般法律原则只在独此一种情形下适用。作为国际法的一个渊源，它们应当普遍适用于国际法主体之间的关系。

127. 国际法院及其前身似乎只在少数案件中明确提及过各自《规约》第三十八条第三款和第三十八条第一款(寅)项所述的一般法律原则。这似乎与各国对国际法这一渊源的态度形成了某种对立：它们在许多情况下在诉状中援引了一般法律原则，尽管出于某种原因，它们的论点往往最终没有得到法院的支持甚至讨论。与此类似，单个法官经常在其意见中依据一般法律原则。²⁰⁷

128. 例如，在 *Jaworzina* 咨询意见、²⁰⁸ *Mavrommatis* 耶路撒冷特许权案²⁰⁹ 和塞尔维亚贷款案中，²¹⁰ 常设国际法院似乎拒绝适用一般法律原则，但没有否认这些原则的存在。《希腊-土耳其协定》咨询意见²¹¹ 和 *Chorzów* 工厂案²¹² 中可

²⁰⁵ Treaty on the Functioning of the European Union (2007 年 12 月 13 日)，合并版本见 *Official Journal of the European Union*, No. C 326, p. 47。另见《建立欧洲经济共同体条约》第 215 条(1957 年 3 月 25 日，罗马，联合国，《条约汇编》，第 298 卷，第 4300 号，第 3 页)。

²⁰⁶ 《非洲人权和人民权利宪章》(1981 年 6 月 27 日，内罗毕)，联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页。

²⁰⁷ 下文第四部分提及了法官个人的意见。

²⁰⁸ 《*Jaworzina* 问题，1923 年 12 月 6 日咨询意见，常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 8 号，第 37-38 页(驳回波兰基于“解释权属于制定者”的“传统原则”提出的主张)。

²⁰⁹ 《*Mavrommatis* 耶路撒冷特许权，1925 年 3 月 26 日判决书，常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 5 号，第 30 页(提及“似乎得到普遍接受的关于合同的原则”)。

²¹⁰ 《关于支付在法国发放的各种塞尔维亚贷款案》，1929 年 7 月 12 日判决书，常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 20/21 号，第 38-39 页(拒绝适用禁止反言原则)。

²¹¹ 《解释 1926 年 12 月 1 日〈希腊-土耳其协定〉》，1928 年 8 月 28 日咨询意见，常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 16 号，第 20 页(适用管辖权的管辖权原则)。

²¹² 《*Chorzów* 工厂案(德国/波兰)，1927 年 7 月 26 日判决书，常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 9 号，第 31 页(认为“国际仲裁判例和国内法院普遍接受一项原则，即：如果一方以某种非法行为阻止另一方履行所涉义务或诉诸本应向该另一方开放的仲裁庭，则该一方不能利用该另一方未履行某种义务或未诉诸某种补救手段这一事实”)；《*Chorzów* 工厂案(案情实质)》，1928 年 9 月 13 日判决书，常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，第 29 页(指出“任何违反约定的行为都涉及赔偿义务，这是一项国际法原则，甚至是一普遍的法律概念”)。

以见到适用一般法律原则的情形。此外，在有些案件中，例如在关于解释《洛桑条约》(土耳其和伊拉克之间的边界)第3条第2款的咨询意见中，只简短地提及可被视为一般法律原则的内容，但并未从中引出任何明确的后果。²¹³ 在本段提到的所有案件中，法院都没有提及其《规约》第三十八条第三款。

129. 至于国际法院，在“科孚海峡”案、²¹⁴ 关于“对《灭绝种族罪公约》的保留”的咨询意见、²¹⁵ 关于“联合国行政法庭赔偿裁决的效力”的咨询意见、²¹⁶ 巴塞罗那电车公司案、²¹⁷ 关于“申请复核联合国行政法庭第158号判决”的咨询意见、²¹⁸ 关于“尼加拉瓜海岸200海里以外尼加拉瓜与哥伦比亚大陆架划界问题”²¹⁹ 和“波蒂略岛北部陆地边界”²²⁰ 的案件中，它似乎都适用了一般法律原则。

130. 在其他案件中，法院驳回了以一般法律原则为基础的论断，²²¹ 或者干脆认为，既然条约所定国际法或习惯国际法的规则已覆盖当前情况，法院就没有必

²¹³ 《解释〈洛桑条约〉第3条第2款，1925年11月21日咨询意见，常设国际法院案例汇编》，B辑，第12号，第32页(认为《国际联盟盟约》第15条第6和第7款反映了“众所周知的规则，即无人能为自己的案件充当审判官”)。

²¹⁴ 《科孚海峡，1949年4月9日判决书，1949年国际法院案例汇编》，第4页，见第18页(关于接受间接证据)。

²¹⁵ 《对〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的保留，咨询意见，1951年国际法院案例汇编》，第15，见第23页(提及《灭绝种族罪公约》的基本原则，即“文明国家承认对各国具有约束力的原则，即使公约没有规定任何义务”)。

²¹⁶ 《联合国行政法庭赔偿裁决的效力》，1954年7月13日咨询意见，1954年国际法院案例汇编》，第47页，见第53页(适用已决案件原则这一“既定和普遍承认的法律原则”)。

²¹⁷ 《巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司》，判决书，1970年国际法院案例汇编》，第3页，见第37页，第50段(适用“承认由股票代表资本的有限责任公司的国内法律体系普遍接受的规则”)。

²¹⁸ 《申请复核联合国行政法庭第158号判决，咨询意见，1973年国际法院案例汇编》，第166页，见第181页，第36段(认为“法律原则和法院的司法性质确实要求，即使在咨询程序中，当事各方都应有机会在平等基础上提交与交由法庭复核的问题有关的所有材料”)。另见《申请复核联合国行政法庭第273号判决，咨询意见，1982年国际法院案例汇编》，第325页，见第338-339页，第29段。

²¹⁹ 《尼加拉瓜海岸200海里以外尼加拉瓜与哥伦比亚大陆架划界问题(尼加拉瓜诉哥伦比亚)》，初步反对意见，判决书，2016年国际法院案例汇编》，第100页，见第125页，第58段(提及已决案件原则)。

²²⁰ 《波蒂略岛北部的陆地边界(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)》，2018年2月2日判决书》，第68段(也提及已决案件原则)。

²²¹ 《北海大陆架》，判决书，1969年国际法院案例汇编》，第3页，见第21-22页，第17-18段(驳回德国关于公正和公平份额原则是《规约》第三十八条第一款(寅)项所述一般法律原则的论断)；申请复核第158号判决(上文脚注218)，第181页，第36段(认为没有任何一般法律原则要求当事各方在复核程序中必须有机会作口头陈述)；《西南非洲，第二阶段，判决书，1969年国际法院案例汇编》，第6页，见第47页，第88段(认为众有诉权不能被视为《规约》第三十八条第一款(寅)项所述一般法律原则)。

要确定是否存在一般法律原则。²²²

131. 关于在法院出庭的国家援引一般法律原则一事，对国际法这一渊源的援引情况各不相同，有的简短地提及，²²³ 有的则详细地论述。下文将进一步讨论后一种情况的例子，这包括：葡萄牙和印度在关于“穿越印度领土的通行权”案中的书状、²²⁴ 列支敦士登在“某些财产”案中的书状²²⁵ 以及澳大利亚和东帝汶在关于“收缴和扣押某些文件和数据的问题”案中的书状。²²⁶

132. 一般法律原则也在国际法院之外发挥了作用。例如，在国家间仲裁中，“中澳远东电报发展公司”案、²²⁷ “Goldenberg”案、²²⁸ 法国-意大利调解委员会

²²² 《穿越印度领土的通行权案(案情实质)》，1960年4月12日判决书，1960年国际法院案例汇编》，第6页，见第43页。

²²³ 仅举几个最近的例子，见出入太平洋的谈判义务(玻利维亚诉智利)案中关于禁止反言和合法预期的论断(玻利维亚的答辩状，第320及其后各段)；智利的复辩状，第2.28段)；关于就停止核军备竞赛和实行核裁军进行谈判的义务(马绍尔群岛诉联合王国)案中的诚信(马绍尔群岛的诉状，第182段)；南极捕鲸(澳大利亚诉日本：新西兰参加)案中的权利滥用(日本的辩诉状，第9.40及其后各段)；*Ahmadou Sadio Diallo*(几内亚共和国诉刚果民主共和国)案中的损害赔偿额计算(几内亚赔偿诉状，第13段)；1995年9月13日临时协议的适用(前南斯拉夫共和国马其顿诉希腊)案中的未履行契约抗辩(希腊辩诉状，第8.1及其后各段；北马其顿的答辩状，第5.54及其后各段；希腊复辩状，第8.6及其后各段)；阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)中的刑事诉讼中排除非法获得的证据(墨西哥诉状，第21、374、380段；美国的辩诉状，第8.27及其后各段)；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)案中关于供述形式的证据的可接受性(尼加拉瓜诉状(案情实质)，第160段；西班牙国王1906年12月23日仲裁裁决案中的仲裁裁决无效(尼加拉瓜辩诉状，第56及其后各段)。

²²⁴ 通行权(上文脚注222)。

²²⁵ 《某些财产(列支敦士登诉德国)》，初步反对意见，判决书，2005年国际法院案例汇编》，第6页。

²²⁶ 《与没收和扣押一些文件和数据有关的若干问题(东帝汶诉澳大利亚)》，临时措施，2014年3月3日命令，2014年国际法院案例汇编》，第147页。

²²⁷ 《中澳远东电报发展公司(大不列颠诉美国)》，1923年11月9日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第六卷，第112-118页，见第114-115页。

²²⁸ 《Goldenberg案(德国诉罗马尼亚)》，1928年9月27日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第901-910页，见第909页(认为《凡尔赛和约》第297和298条附件第4段中使用的“万国法”一词包含文明国家承认的一般法律原则，并提及禁止没收外国人财产而不给予公正赔偿的“一般原则”)。

的裁决、²²⁹“转运货物”案、²³⁰“灯塔仲裁”、²³¹“阿根廷-智利边境”案、²³²“拉诺湖”案、²³³“奥斯巴仲裁”、²³⁴“阿卜耶伊仲裁”、²³⁵“查戈斯海洋保护区”案²³⁶以及克罗地亚和斯洛文尼亚之间最近的仲裁²³⁷都依据或广泛提及一般法律原则。

133. 国际刑法中也多次提及一般法律原则。正如一些作者所指出的，在该领域中，国际法的这一渊源可以发挥特别重要的作用。²³⁸ 国际刑事法院、²³⁹ 前南

²²⁹ 《Les Petits-Fils de C.J. Bonnet 公司-Tessitura Serica Piemontese 公司纠纷》，1949 年 3 月 16 日、1950 年 12 月 1 日和 1952 年 3 月 3 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十三卷，第 75-87 页，见第 83 页(为解释条约的目提及一般法律原则)。

²³⁰ 《转运货物(希腊、大不列颠及北爱尔兰联合王国)案》，1955 年 6 月 10 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷，第 53-81 页，见第 70 页。

²³¹ 《奥斯曼帝国灯塔特许权案(法国，希腊)，1956 年 7 月 24/27 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 155-269 页，见第 197、199 和 241 页(提及关于不当得利和责任继承的一般法律原则)。

²³² 《阿根廷-智利边境案》，1966 年 12 月 9 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十六卷，第 109-182 页，见第 164 页(提及禁止反言原则)。

²³³ 《Lanoux 湖案》，1957 年 11 月 16 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第 281-317 页，见第 308 页(除其他外，考虑到不可推定恶意的原则)。英文另见 *International Law Reports*, vol. 24 (1994), pp. 101-142, at pp. 129-130。

²³⁴ 《根据《奥斯巴公约》进行的诉讼(爱尔兰-联合王国)，2003 年 7 月 2 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，见 59-151 页，见 87 页，第 84 段。

²³⁵ 《苏丹政府与苏丹人民解放运动/军之间对阿布耶伊地区的划界》，2009 年 7 月 22 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第三十卷，见 145-416 页，见第 299 页，第 401 段(除其他外，涉及滥用管辖权问题)。

²³⁶ 《查戈斯海洋保护区(毛里求斯诉联合王国)，2015 年 3 月 18 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第三十一卷，见 359-606 页，见第 542-544 页，第 435-438 段(关于禁止反言原则)。

²³⁷ 《克罗地亚共和国与斯洛文尼亚共和国之间的仲裁，常设仲裁法院第 2012-04 号案件，2017 年 6 月 29 日裁决》，第 347 段。

²³⁸ A. Cassese, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations”, in S. Yee and W. Tieya (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (London, Routledge, 2001), pp. 46-55, p. 46.

²³⁹ 例如见《刚果民主共和国局势，关于检察官请求特别复核预审第一分庭 2006 年 3 月 31 日关于拒绝上诉许可的裁定的判决》，2006 年 7 月 13 日(ICC-01/04)，第 32 段(驳回关于一般法律原则可在《罗马规约》无规定的情况下给予上诉权的论断)；《刚果民主共和国局势，检察官诉 Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui，关于确认指控的裁定》，2008 年 9 月 30 日(ICC-01/04-01/07)，第 190 段(提及已决案件原则)；《肯尼亚共和国局势，检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，关于检察官申请人传票和由此产生的缔约国合作请求的裁定》，2014 年 4 月 17 日(ICC-01/09-01/11)，第 65 及其后各段(关于审判分庭传唤证人的权限)。

斯拉夫问题国际法庭、²⁴⁰ 卢旺达问题国际法庭²⁴¹ 和塞拉利昂特别法庭²⁴² 的判决和裁定中都能见到这方面的例子。

134. 投资人与国家间争议的解决也依据一般法律原则，其中能见到提及(有时明示提及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项)已决案件原则、²⁴³ 管辖权的管辖权、²⁴⁴ 证明责任、²⁴⁵ 合法预期、²⁴⁶ 不当得利²⁴⁷和诚信²⁴⁸ 等原则的情

²⁴⁰ 例如见《检察官诉 *Anto Furundžija*》，1998 年 12 月 10 日判决书(IT-95-17/1-T)，审判分庭，1998 年案例汇编》，第 177-186 段(依据一般法律原则定义强奸)；《检察官诉 *Zoran Kupreškić* 等人》，2000 年 1 月 14 日判决书，审判分庭》(IT-95-16-T)，第 539、677 及其后各段(提及作为法庭适用法律一部分的一般法律原则，并论及关于多重犯罪的一般原则)；《检察官诉 *Dragoljub Kunarac* 等人》，2001 年 2 月 22 日判决书，审判分庭》(IT-96-23-T 和 IT-96-23/1-T)，第 437-460 段(也依据一般法律原则定义强奸)；《检察官诉 *Mucić* 等人(*Čelebići* 案)，2001 年 2 月 20 日判决书，上诉分庭》(IT-96-21-A)，第 583-590 段(论及减轻责任的“特别辩护”问题)。

²⁴¹ 例如见《检察官诉 *Elizaphan* 和 *Gérard Ntakirutimana*》，2001 年 11 月 22 日关于检察官动议对已裁定事实予以司法认知的裁定，审判分庭》(ICTR-96-10-T 和 ICTR-96-17-T)，第 42 段(提及已决案件原则)；《检察官诉 *Jean-Paul Akayesu*》，1998 年 9 月 2 日判决书，审判分庭》(ICTR-96-4-T)，第 501 段(提及依据更有利于被告的解释作出裁判的“刑法一般原则”)。

²⁴² 例如见《检察官诉 *Issa Hassan Sesay* 等人案，关于第三被告 *Augustine Gbao* 拒绝出席塞拉利昂问题特别法庭 2004 年 7 月 7 日和其后几天听讯问题的裁定，2004 年 7 月 12 日，审判分庭》(SCSL-04-15-T)，第 9-10 段(关于缺席审判)。

²⁴³ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“*Number 2*”), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of 26 June 2002, paras. 38 ff.

²⁴⁴ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/04/7, Award of 21 August 2007, para. 203.

²⁴⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award of 31 January 2006, paras. 70 ff.; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award of 23 September 2003, para. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, Award of 26 January 2006, para. 95; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, para. 56.

²⁴⁶ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award of 22 September 2014, paras. 575-576; *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on liability of 27 December 2010, paras. 128-130; *Toto Costruzioni S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award of 7 June 2012, para. 166.

²⁴⁷ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Case No. 33, Award No. 135-33-1 (20 June 1984), *Iran–United States Claims Tribunal Reports*(IUSCTR), vol. 6, p. 168; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Partial Award of 17 March 2006, para. 449.

²⁴⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 153; *Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on preliminary question of 6 June 2006, para. 182; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 297.

况。与此类似，世界贸易组织争端解决机制的判例法中也提及一般法律原则，但频率较低。²⁴⁹

135. 一般法律原则也同样出现在人权领域。例如，美洲人权法院曾多次认为，一般法律原则是人权法的一部分，须予适用。²⁵⁰ 法院曾简要提及禁止反言原则、²⁵¹ 条约必须遵守原则、²⁵² 法院知法原则、²⁵³ 任何违反国际义务的行为都导致赔偿义务的“国际法原则”、²⁵⁴ 允许改判原则²⁵⁵ 以及关于后果性损害和将利润损失视为损害的原则。²⁵⁶ 法院只在一个案件中明确提及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，以便为赔偿目的确定谁是某人的继承人。²⁵⁷ 在另一个案件中，法院认为，“法律面前平等、法律面前平等保护和无差别待遇”原则是一项一般法律原则，而且构成一般国际法强制性规范(强行法)。²⁵⁸

²⁴⁹ 例如见 See, for example, WTO Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 158; WTO Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, para. 224(提及诚信和滥用权利)。

²⁵⁰ Advisory Opinion on the Environment and Human Rights, 15 November 2017 (OC-23/17), Series A, No. 23, para. 45; Advisory Opinion on the Rights of Legal Persons, 26 February 2016 (OC-22/16), Series A, No. 22, para. 29; Advisory Opinion on the Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need for International Protection, 19 August 2014 (OC-21/14), Series A, No. 21, para. 60.

²⁵¹ *Almonacid Arellano and Others v. Chile*, Judgment (Preliminary objections, merits, reparations and costs) of 26 September 2006, Series C, No. 154, para. 65; *Moiwana Community v. Suriname*, Judgment (Preliminary objections, merits, reparations and costs) of 15 June 2005, Series C, No. 124, para. 58; *Neira Alegria et al. v. Peru*, Judgment (Preliminary objections) of 11 December 1991, Series C, No. 13, para. 29.

²⁵² *Bulacio v. Argentina*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 18 September 2003, Series C, No. 100, paras. 117-118; Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, 1 October 1999 (OC-16/99), Series A, No. 16, para. 128.

²⁵³ *Durand and Ugarte v. Peru*, Judgment of 16 August 2000, Series C, No. 68, para. 76; *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 30 May 1999, Series C, No. 52, paras. 116 and 166; *Blake v. Guatemala*, Judgment (Merits) of 24 January 1998, Series C, No. 36, para. 112; *Godínez Cruz v. Honduras*, Judgment (Merits) of 20 January 1989, Series C, No. 5, para. 172; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Merits) of 29 July 1988, Series C, No. 4, para. 163.

²⁵⁴ *Goiburú et al. v. Paraguay*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 22 September 2006, Series C, No. 153, paras. 140-141; “*Panel blanca*” (*Paniagua Morales et al.*) *v. Guatemala*, Judgment (Reparations and costs) of 25 May 2001, Series C, No. 76, para. 75; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Reparations and costs) of 21 July 1989, Series C, No. 7, para. 25.

²⁵⁵ *Genie Lacayo v. Nicaragua*, Order of 13 September 1997, Series C, No. 45, para. 9.

²⁵⁶ *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment (Reparations and costs) of 10 September 1993, para. 50.

²⁵⁷ 同上，第 61-62 段。

²⁵⁸ *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, 17 September 2003 (OC-18/03), Series A, No. 18, para. 101.

136. 欧洲人权法院在“Golder 诉联合王国”一案中提及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项,并同样裁定,在解释《欧洲人权公约》时必须考虑到一般法律原则。²⁵⁹

137. 在实践中也可见到提及具有区域适用范围的貌似一般法律原则的情况(如上文所述,该问题可在今后某份报告中论及)。欧洲联盟法院的情况尤其如此,该法院依据其成员国共有的宪法传统或欧洲联盟法令,多次适用“共同体法律一般原则”。²⁶⁰

138. 此外,国际性行政法庭似乎也在一定程度上适用过“一般原则”。²⁶¹

139. 本节简要概述了近期与一般法律原则有关的一些实践,显示自 1920 年通过《常设国际法院规约》以来,各国及各国际性法院和法庭都曾在不同情形下多次提及国际法的这一渊源,使人毫不怀疑它与国际法律秩序的相关性。

²⁵⁹ *Golder v. the United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, Series A, No. 18, para. 35. 另见 *Enea v. Italy* [Grand Chamber], No. 74912/01, Judgment, 17 September 2009, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2009*, para. 104; *Demir and Baykara v. Turkey* [Grand Chamber], No. 34503/97, Judgment, 12 November 2008, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2008*, para. 71。另见 M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 360; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester, Manchester University Press, 1988), pp. 160-183。

²⁶⁰ 例如见 E. Castellarin, “General Principles of EU Law and General International Law”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 131-148; S. Vogenauer and S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017); K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 47 (2010), pp. 1629-1669; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016); C. Semmelmann, “General principles of EU law between a compensatory role and an intrinsic value”, *European Law Journal*, vol. 19 (2013), pp. 457-487; U. Bernitz and J. Nergelius (eds.), *General Principles of European Community Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2000); J.A. Usher, *General Principles of EC Law* (London, Longman, 1998)。

²⁶¹ 例如见 G. Ullrich, *The Law of the International Civil Service* (Berlin, Duncker and Humblot, 2018), Part 2, chap. 2; A. Reinisch, “Sources of international organizations’ law: why custom and general principles are crucial”, in J. d’Aspremont and S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), p. 1022。

第四部分：一般法律原则的要素和起源

140. 根据上文对国家实践与国际性法院和法庭的裁判中一般法律原则发展情况的概述，本报告现在转向分析本专题的一些基本方面：《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中所载一般法律原则的要素和作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源。此外，还就术语作一些说明。

一. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的一般法律原则要素

141. 如第一部分所述，委员会关于本专题工作的起点是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项。本节旨在对该条款进行初步评估，讨论特别报告员认为可被视为该条款所载要素的内容。具体而言，以下各小节涉及“一般法律原则”一词、“承认”的要求和“文明各国”一词。

A. “一般法律原则”

142. 特别报告员认为，应首先分析《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的第一个要素，即“一般法律原则”一词。本小节讨论两个问题。首先，“一般法律原则”一词是否告诉我们有关这一国际法渊源的可能特点、起源、功能或其他方面的任何信息。第二，一般法律原则与一般国际法的关系。

143. 作为介绍性评论，特别报告员指出，“一般法律原则”并不是国际法体系所独有的。在大多数(甚至全部)国内法律体系中也存在类似的概念，尽管使用的术语不尽相同。例如，《奥地利民法总则》规定，如果不能以成文法定规则或类推方式解决案件，则必须根据自然法原则作出裁判。²⁶² 《意大利民法》规定，在不能以具体成文法定规则解决争端时，可诉诸类推，如果仍无法解决，则可诉诸国家法律体系的一般原则。²⁶³ 根据《墨西哥联邦民法》，在不能通过成文法定规

²⁶² 第 7 条(“Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden”). [如法律案件不能依法律的措辞或自然含义进行裁断，则应考虑法律规定的类似案件和其他相关法律的推理。如案件仍然存在疑问，则应依经仔细收集且根据自然法原则加以彻底考虑的事实进行裁断。]

²⁶³ 第 12 条(“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”). [在适用法律时，除了从词语的固有含义及其相互关系以及立法者的立法意图中明确表现出来的内容之外，不得对其作出其他解释。如果不能通过适用特定成文法定条款裁断争议，则应考虑关于类似案件或类似事由的规定；如果案件仍有疑问，应根据国家法律体系的一般原则进行裁断。]

则或通过解释法定规则解决民事争端时，应根据一般法律原则加以解决。²⁶⁴ 《西班牙民法》同样授权在没有适用的法规或惯例的情况下适用一般法律原则。²⁶⁵ 《埃及民法》授权法官在没有适用的立法文本、惯例或伊斯兰法原则的情况下，根据自然法原则和公正原则作出裁判。²⁶⁶

144. 可能产生的问题是，如上所述的国内法律体系中的一般原则和《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款所指的一般法律原则是否有任何共同特点。有些作者似乎持这种观点。²⁶⁷ 第三部分所述《常设国际法院规约》第三十八条第三款的起草历史显示，将该条款列入规约的原因之一是，人们认为有必要填补条约所定条约所定国际法和习惯国际法中的空白，避免“无法可依”的结果。²⁶⁸ 如果填补空白确实是一般法律原则的一项功能，那么这可能是这些原则与国内法律体系中的一般原则的共同之处。但是，同时也不能忽视这样一个事实，即由于国际法体系和国内法律秩序之间的结构差异，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则作为国际法的渊源之一，很可能有其独有的特点。

145. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“一般法律原则”一词已在各种情况下作为一个整体被加以解释，或其中每个词被单独加以解释，以试图阐明这一国际法渊源的某些方面，包括其特点、起源和功能。特别报告员认为，这一做法作为本专题初步处理办法是有益的。但必须强调，以这种方式得出的任何结论只是初始结论，需要根据现有的实践进行进一步的评估。

146. “原则”一词及其与“规则”一词的关系引起了相当大的关注。以下仅列举几种观点，一位作者提出，“法律原则和法律规则之间的差别是一种逻辑上的区别。这两套标准都指向在特定情况下关于法律义务的具体决定，但它们所给出的方向的性质有所不同。规则要么完全适用，要么完全不适用(……)而原则是在相关的情况下须加以考虑的倾向于一个或另一个方向的考量”。²⁶⁹ 另一位作者认为，“与一项法律规则甚至是一些一般法律规则不同的是，一项法律原则或一

²⁶⁴ 第 19 条(“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”). [民事性质的法律纠纷应当依照成文法定规则或者法律解释裁断。如果没有这些规则，则应根据一般法律原则对其进行裁断。]

²⁶⁵ 第 1(4)条(“Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”). [在没有适用法规或习惯的情况下则适用一般法律原则，但不影响其在为法律体系提供参照方面的作用。]

²⁶⁶ 第 1(2)条(“فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة”). [在没有适用的法律规定的情况下，法官应根据习惯，而在没有习俗的情况下，则根据伊斯兰法律的原则作出裁判。而在没有伊斯兰法原则的情况下，法官应适用自然法原则和公平规则。]

²⁶⁷ 例如，见 S. Besson, “General Principles of International Law – Whose Principles?”, in S. Besson and P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law* (Geneva, Schulthess, 2011), pp. 32-34. 作者认为，“一般国际法原则……具有与一般国内法原则……相同的主要特点：它们是一般和抽象的，也是基本和不确定的法律规范” (第 32 页)。

²⁶⁸ 见上文第 108 段。

²⁶⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, Bloomsbury, 2013), pp. 40 and 42.

项一般法律原则主要是指本身不是一项规则，而是构成一项规则的基础并解释或提供这项规则的理由的东西。规则回答了‘什么’的问题；原则实际上回答了‘为什么’的问题”。²⁷⁰ 另有一位作者认为，原则“restent synonymes de règles juridiques abstraites, fournissant les bases d’un régime juridique susceptible de s’appliquer à de multiples situations concrètes, soit pour les régler de façon permanente, soit pour résoudre les difficultés qu’elles font naître[仍是抽象的法律规则，为适用于许多具体情况(要么为规范这些情况作出持续性规定，要么解决由这些情况造成的困难)的法律体系提供基础]”。²⁷¹

147. 文献中还提出，“当‘原则’一词与‘一般’联系在一起时，意指一种广泛的规范”，²⁷² 或者“一般原则”一词与为识别《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则而必须研究的国内法律体系的数目有关联。²⁷³ 另一方面，有观点认为，“按照通常的理解，法律原则不同于法律规则，不是因为其广泛的有效性，而是因为其内容的一般性”。²⁷⁴ 此外，一些作者认为，一般原则体现了重要的或基本的价值。²⁷⁵

148. 坎萨多·特林达德法官也在阐述“原则”一词时指出：

每一个法律体系都有基本原则，这些原则启发、指导且符合其规范。正是这些原则(在词源上源于拉丁语 *principium*)引发了规范和规则的初始起因、渊源或起源，并赋予法律规范和整个法律体系凝聚力、连贯性和合法性。正是一般法律原则(首要原则)赋予(国家和国际)法律秩序不可避免的价值

²⁷⁰ G. Fitzmaurice, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92 (1957), pp. 5–128, at p. 7. Thirlway 在评论这一观点时提出，“这并不意味着一项原则高高在上，以至于不能适用于法律问题，但这确实意味着，如果将这项原则应用到案件中，则实际上将产生一条解决这一问题的规则”(Thirlway, *The Sources of International Law* (上文脚注 13)，第 107 页)。

²⁷¹ M. Virally, “Le rôle des « principes » dans le développement du droit international”, in *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Geneva, IUHEI, 1968), pp. 531–556, at pp. 533–534。

²⁷² Pellet and Müller, “Article 38”(上文脚注 13)，第 925 页。

²⁷³ D. Costelloe, “The Role of Domestic Law in the Identification of General Principles of Law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 183。

²⁷⁴ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969), p. 43. 他补充说，“一般国际法原则是指一般内容的规则，而不是关于细节的规定”(同上)。

²⁷⁵ Besson, “General principles of international law – whose principles?”(上文脚注 262)，第 32 至 33 页；M. Sørensen, “Principes de droit international public: cours général”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 101 (1960), pp. 16–30, at p. 16. Thirlway 认为，“关于‘一般原则’的概念有一种永久性的感觉，一种稳定不变的感觉，一种因其明显和永久的正确性而被选中的感觉，以至于将该词组解释为‘今后任何原则可被视为一般原则’有些令人感到某种不安”(Thirlway, *The Sources of International Law* (上文脚注 13)，第 111 页)。

层面；正是它们揭示了激发整体法律秩序的价值，这些价值本身最终为法律秩序提供了基础。²⁷⁶

149. 相比之下，其他作者认为“规则”和“原则”这两个词没有太大区别。例如，有人指出，“虽然法律理论家对规则和原则之间的区别和等级关系进行了相当多的辩论，但这在国际法院的表述中未得到任何体现，国际法院往往将这两个词视为同义词”。²⁷⁷ 另一位作者认为，“几乎不可能在作为一般原则的实在法规则与其他实在法规则之间划出明确的界线”。²⁷⁸

150. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的起草历史在这一问题上并未提供多少指导。法学家咨询委员会成员、各国或其他方面没有讨论这个问题。例如，法学家咨询委员会成员在审议过程中似乎交替使用了“规则”和“原则”这两个词。²⁷⁹ 《国际法院规约》第三十八条本身并未明确区分“规则”和“原则”，因为第三十八条第一款(卯)项下通过补助资料确定的“法律规则”显然包括一般法律原则。²⁸⁰

151. 国际法院和委员会似乎没有明确区分“规则”和“原则”，但它们一致认为，后者可被视为具有更一般和更基本性质的规范。例如，在缅甸湾案中，国际法院分庭指出：

在《特别协定》中]词语‘规则’和‘原则’的关系不过是用以表达一个相同概念的双重表述，因为在这种情况下，‘原则’显然是指法律原则，即也包括国际法规则，就这些规则使用“原则”一词可能是合理的，因为它们具有更一般和更基本的性质。²⁸¹

152. 同样，委员会在其关于习惯国际法的识别的结论草案中解释说，“本结论草案和评注提到习惯国际法‘规则’时，所指对象包括那些因为具有更加一般、更加基本的性质而可能被称为‘原则’的习惯国际法规则”。²⁸²

²⁷⁶ 纸浆厂(上文脚注 17)，坎萨多•特林达德法官的个别意见，第 210 页，第 201 段。

²⁷⁷ M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp. 63–89, at p. 80.

²⁷⁸ Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”(上文脚注 13)，第 47 页。另见 Kolb, *La bonne foi en droit international public*(上文脚注 25)，第 53 至 54 页。

²⁷⁹ 例如，Descamps 最初提出的建议是“国际法律规则为文明各国的法律良知所承认者”(见上文第 93 段)。同样，据 Loder 指出，“已提及全世界承认和遵守的规则，但这些规则还不具有实在法的性质，但法院恰有责任发展法律，使普遍公认的习惯和原则‘成熟’，并将其具体化为实在规则”(见上文第 96 段)。

²⁸⁰ S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), pp. 472–498, at pp. 488–489.

²⁸¹ 《缅甸湾海洋区域划界，判决书，1984 年国际法院案例汇编》，第 246 页，见第 288–290 页，第 79 段。

²⁸² 关于习惯国际法的识别的结论草案 1 评注第(3)段，A/73/10，第 65–66 页，见第 124 页。见上文第 67 段。

153. 鉴于上述情况，可以得出结论，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“一般法律原则”一词指的是具有“一般”和“基本”性质的规范。其“一般”性质在于内容有一定程度的抽象性，“基本”性质在于它们是具体规则的基础或体现重要的价值观。

154. 然而，不能排除某些一般法律原则可能不具有上述意义上的“一般”和“基本”性质。如第三部分所示及下文进一步讨论所述，各国在诉讼中援引过各种它们认为是一般法律原则的规范，如善意、权利滥用、清白原则、不当得利、提供充分赔偿的义务、已决案件、经由另一国领土的通行权和律师与客户保密权。国际性法院和法庭的裁判中同样援引了各种原则，这些法院和法庭除其他外，依靠一般法律原则来确定公司独立于股东的人格、为确定所犯国际罪行提供“强奸”的定义并为赔偿目的提供“继承人”的定义。虽然其中一些原则，例如善意，可被视为具有“一般”和“基本”性质，但其他一些原则是否具有类似的性质值得怀疑，例如律师与客户保密权或经由另一国领土的通行权，或与程序事项有关的某些原则。

155. 关于有观点认为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中使用的“一般”一词表明适用范围很广，即一般法律原则适用于所有国家，情况很可能是这样。²⁸³ 然而，这种一般规则存在例外，在实践中援引具有区域适用范围的一般原则的情况似乎支持这一点。如第三部分所述，这方面的例子包括非洲、亚洲和欧洲的实践。²⁸⁴

156. 关于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“法律”一词，文献中提出，从通常意义上看，它既可以指国内法，也可以指国际法，所以国家法律体系和国际法体系中均可产生一般法律原则。²⁸⁵ 此外，假设《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的目的是填补条约所定国际法和习惯国际法的空白，同一作者认为，没有理由相信起草者有意将一般法律原则的起源局限于国家法律体系。相反，他们“必须被视为默示地同意使用一般国际法原则”。²⁸⁶ 某些国内法律体系中适用一般原则的方式可能有助于这一观点。如上文所示，在不能根据其他规则解决争端时，国家法院有时可以依赖适合其本国法律体系的一般原则。根据这一逻辑，人们可以认为，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则也应包括在国际法体系内形成的一般原则。

157. 其他人认为，“法律”一词其实是指，在确定源自国家法律体系的一般法律原则时，前者的所有分支都是相关的。例如，田中法官认为，“只要‘一般法

²⁸³ 另见下文第 161 段。

²⁸⁴ 见上文第 125 和 137 段。

²⁸⁵ Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), 第 67 页。

²⁸⁶ 同上。

律原则’不加限定,‘法律’就必须理解为包括所有法律分支,包括国内法、公法、宪法和行政法、私法、商法、实体法和程序法等”。²⁸⁷

158. 虽然对“法律”一词的这些解释看似合理,但特别报告员认为,如上文所述,需要随着本专题的进展,并考虑到各国的实践以及国际性法院和法庭的裁判,进一步评估这些解释。

159. 本小节要讨论的最后一个问题是一般法律原则与“一般国际法”之间的关系。

160. 一般国际法包括一般法律原则这一事实已在委员会内部多次得到确认。因此,视具体背景而定,在某些情况下,使用“一般国际法”一词可指一般法律原则。例如,委员会在其对国际刑事法院规约草案第 33 条的评注中明确指出,“一般国际法的‘原则和规则’这一提法包括一般法律原则”。²⁸⁸ 后来,国际法不成体系问题研究组的报告指出,“‘一般国际法’明显参照了一般习惯法以及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所载的‘一般法律原则为文明各国所承认者’”。²⁸⁹ 同样,委员会在对关于识别习惯国际法的结论草案的评注中指出,“‘一般国际法’有多种不同用法(含义并非始终明确),包括用于指代普遍适用的国际法规则,不论是条约所定法、习惯国际法还是一般法律原则”。²⁹⁰ 此外,一般国际法强制性规范(强行法)专题特别报告员第二次报告指出,“一般法律原则像习惯国际法规则一样,都是普遍适用的”,²⁹¹ 而且一般国际法包括一般法律原则。²⁹² 就这一专题,起草委员会暂时通过了结论草案 5(2),根据该草案,一般法律原则以及习惯国际法和条约规定可作为一般国际法强制性规范(强行法)的基础。²⁹³

161. 在北海大陆架案中,国际法院指出,一般国际法规范“必须对国际社会所有成员具有同等效力”。²⁹⁴ 鉴于有充分依据证明一般国际法包括一般法律原则,可以得出结论认为,《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则是普遍适用的。这不影响具有区域或双边适用范围的一般法律原则的可能性。

²⁸⁷ 西南非洲(上文脚注 221),田中法官的反对意见,第 294 页。

²⁸⁸ 国际刑事法院规约草案第 33 条的评注第(2)段,《1994 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 91 段,见第 51 页。

²⁸⁹ “国际法不成体系问题:国际法多样化和扩展引起的困难”,由马尔蒂·科斯肯涅米定稿的国际法委员会研究组的报告(A/CN.4/L.682 和 Corr.1 及 Add.1)(上文脚注 84),第 254 页。另见第 174 段。

²⁹⁰ A/73/10,第 123 页,脚注 667。

²⁹¹ A/CN.4/706,第 48 段。

²⁹² 同上,第 49 段。

²⁹³ 起草委员会主席的发言,2017 年 7 月 26 日,附件,第 11 页。

²⁹⁴ 北海大陆架(上文脚注 221),第 38 页,第 63 段。

162. 根据上述各段,可以得出结论认为,《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则可能与国内法律体系中存在的一般原则有一些相同特点,但不能忽视后者与国际法体系之间的结构性差异。此外,作为国际法渊源之一的一般法律原则可能比其他国际法规则更具“一般”性质和“基本”性质。此外,“一般法律原则”一词的通常含义以及这一国际法渊源公认的功能(填补空白)表明,一般法律原则不限于源自国家法律体系的原则。最后,一般法律原则作为一般国际法的一部分,是普遍适用的。

B. “承认”

163. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所载一般法律原则的第二个要素是“承认”的要求。特别报告员认为,这第二个要素与一般法律原则的识别问题和作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源问题密切相关,前者将在今后的报告中加以讨论,后者将在下文进一步讨论。因此,本节仅限于就承认问题作一些总体评论。

164. 首先,似乎有必要对《国际法院规约》第三十八条第一款(丑)项和第三十八条第一款(寅)项进行比较,因为这可能有助于理解关于承认的要求。委员会在其关于习惯国际法的识别的结论草案中,根据第三十八条第一款(丑)项所载的两个要素,即一般惯例及其被接受为法律(法律确信),采用了“两要素办法”。在这方面,委员会明确指出,这两个要素“构成习惯国际法规则存在的必要条件”。²⁹⁵

165. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的措辞大不相同:其中没有提到被接受为法律的一般惯例,而是提到了“文明各国”所承认的原则。特别报告员认为,承认同样是作为国际法渊源之一的一般法律原则存在的必要条件。²⁹⁶ 因此,要识别一项一般法律原则,就必须仔细研究可用证据,证明它已得到承认。

166. 《常设国际法院规约》第三十八条第三款的起草历史,特别是法学家咨询委员会的会议记录证实,承认是一般法律原则存在的必要条件。虽然咨询委员会成员之间存在一些分歧,但他们一致认为,一般法律原则形式上的有效性取决于“文明各国”对这些原则的承认。这背后的理由是避免给予法官在确定法律方面过于宽泛的自由裁量权甚至立法的权力。²⁹⁷ 换言之,必须在客观的基础上确定

²⁹⁵ 关于习惯国际法的识别的结论草案 2 评注第(2)段, A/73/10, 第 65–66 页, 见第 125 页。委员会进一步明确指出,“因此,要识别这一规则,就必须仔细研究可用证据,确定在任何给定案件中均存在这两项要素”(同上)。

²⁹⁶ 一位作者就此指出:“在国际法第三个渊源的定义中,也有得到文明人类承认的要素,但没有关于一般惯例的要求。因此,承认的目标不再是国际惯例中隐含的规则的法律性质,而是某些本质上合法的原则的存在”(Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 20), 第 24 页)。

²⁹⁷ 见 Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 20), 第 24 页(“如何才能确定某一原则是否是一项法律原则,而不是另一种同源的社会规范,如宗教或道德原则?文明人类对其法律性质的承认提供了必要的确定要素”)。

一般法律原则的存在。而如上所述，作为国际法渊源之一的一般法律原则必须普遍适用于国际法主体之间的关系，因此这一点更为必要。

167. 承认可采取什么样的形式？这个问题的答案可能取决于一般法律原则的类别。关于源自国家法律体系的一般法律原则，文献中普遍接受并且如下节所示得到实践支持的一种立场是，当一项原则在足够多的国家法律体系内存在时，即满足承认的要求。²⁹⁸ 一些学者将一项原则的承认与在各国法院存在这一原则明确

²⁹⁸ Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 925; Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (上文脚注 13), p. 26; Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (上文脚注 21), p. 48; Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice” (上文脚注 273), p. 178; B. Juratowitch and J. Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pp. 231-232; A. Yusuf, “Concluding remarks”, in *ibid.*, p. 450; A. Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (Routledge, 2019), p. 46; E. Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, in *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), pp. 533–560, at p. 536; Redgwell, “General principles of international law” (上文脚注 13), pp. 5-19; O. Casanovas and A. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6th ed. (Tecnos, 2017), p. 72; B.I. Bonafé and P. Palchetti, “Relying on general principles in international law”, in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), pp. 160–176, at p. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ...” (上文脚注 280), p. 487; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlin, Dunker and Humboldt, 2010), p. 383; Besson, “General principles of international law – whose principles?” (上文脚注 267), pp. 33 and 35; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (上文脚注 199), paras. 30-32; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), pp. 103–120, at p. 104; A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 223; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (上文脚注 136), pp. 36-37; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (上文脚注 13), pp. 30-31; G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), pp. 188-189; American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1 (St. Paul, Minnesota, 1987), p. 24; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), pp. 59-66, 74; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (上文脚注 13), pp. 42-43; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (上文脚注 113), pp. 9, 195-196 and 239; P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136 (1972), pp. 114 and 116; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4th ed. (Paris, Pedone, 1970), p. 419; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (上文脚注 274), p. 97; Blondel, “Les principes

联系在一起。其他学者没有提到承认的要求，而是更广泛地提出一般法律原则“源自”国家法律体系，或是在国家法律体系中“接受”、“存在”或“适用”的原则或从国家法律体系中“借用”的原则，这可解释为意指进行承认的方式。例如，有人在解释这种形式的承认背后的逻辑时指出，一项原则在国家法律体系中的存在符合“文明各国法律良知的要求”。²⁹⁹

168. 国际性法院和法庭也使用了类似的用语。例如，在巴塞罗那电车公司案中，国际法院裁定，“国际法参照的是承认由股票代表资本的有限公司的国内法律体系普遍接受的规则，而不是参照某一具体国家的国内法”。³⁰⁰ 同样，在海陆服务公司诉伊朗案中，伊朗-美国索赔法庭认定，不当得利“已在世界绝大多数国内法律体系中编纂入法律或在司法上得到承认，并公认已纳入供国际法庭适用的一般法律原则目录”。³⁰¹

169. 一项原则在各国法律体系中普遍存在，由此可能满足关于承认的要求，这当然是一种笼统的观点，还有一些问题尚待解决。例如，有必要考虑要形成一般法律原则，该原则需要在何种程度上获得承认。此外，常有观点认为，在识别国家法律体系中普遍存在的原则之后，必须进一步确定该原则是否适用于国际法体系。这有时被称为“移植”。³⁰² 这种观点背后的理由是，“国际领域的情况有

généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice”(上文脚注 13), pp. 203 and 213; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (上文脚注 136), pp. 223–224; W. Bishop, “General course of public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 115 (1965), p. 238; Jenks, *The Common Law of Mankind* (上文脚注 17), p. 312; Waldock, “General course on public international law” (上文脚注 113), pp. 55–56; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 20), p. 25; L. Le Fur, “Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 54 (1935), p. 205; G. Ripert, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 44 (1933), pp. 579–580; Anzilotti, *Cours de droit international* (上文脚注 13), p. 117. 另见国际法协会 2018 年关于“国内法原则在国际法发展中的应用”的报告草稿(上文脚注 29)。

²⁹⁹ Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), 第 925 页，提及 Descamps 在法学家咨询委员会内提出的最初建议(见上文第 93 段)。

³⁰⁰ 巴塞罗那电车公司(上文脚注 217)，第 37 页，第 50 段。

³⁰¹ 海陆服务公司诉伊朗(上文脚注 247)，第 168 页。更多例子见下一节。

³⁰² Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), pp. 930–932; Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (上文脚注 13), p. 26; Juratowitch and Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law” (上文脚注 298), p. 232; Yusuf, “Concluding remarks” (上文脚注 298), p. 451; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (上文脚注 298), p. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ...” (上文脚注 280), p. 487; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (上文脚注 298), p. 104; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (上文脚注 136), p. 37; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (上文脚注 113), pp. 272–320.

时跟国内的情况相比有很大的差异，在国内的情况下完全合理的规则在移植到国际一级时，如果严格适用，可能不具有同等的辩服力”。³⁰³

170. 这方面的一个关键问题是，在确定一项在各国家法律体系中普遍存在的原则是否适用于国际一级时，关于承认的要求是否也是相关的，以及如果相关的话，以何种方式相关。这一重要问题将在今后关于一般法律原则的识别的报告中加以分析。

171. 如前所述，文献中经常提到的属于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项范围内的另一类一般法律原则是，可能在国际法体系内形成、并不起源于国内法律体系的一般法律原则。假设这一类别不同于前几段所述的类别，则可能需要以不同的方式确定其获得承认。

172. 一些作者笼统地说，第二个类别属于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的范围内，但他们没有详细说明如何进行承认。³⁰⁴而那些确实试图解释如何满足关于这一类别的承认要求的作者则提出了一些论点。

173. 例如，一些人认为，这一类别下的一般法律原则是通过从条约所定国际法和习惯国际法的现有规则中推导或提炼的过程中形成的。可依靠已经被各国接受(或承认)的现有规则来满足承认的要求。³⁰⁵另一些人认为，承认可以采取以下形式，即展示出各国关于具体问题的共识的国际组织行为或类似文书，例如联合国大会的决议。³⁰⁶有人认为，在这方面，“基本要素应是各国认为自己受到约束的态度”。³⁰⁷

174. 尽管文献中采取的方法各异，但以下立场似乎得到一致认同，即《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的承认可以在国际一级进行，而不必考虑各国的国家法律体系，就本节的目的而言，指出这一点足矣。如下一节所示，这

³⁰³ 巴塞罗那电车公司(上文脚注 217)，菲茨莫里斯法官的个别意见，第 66 页。

³⁰⁴ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law* (上文脚注 298), p. 223; Anzilotti, *Cours de droit international* (上文脚注 13), p. 117。

³⁰⁵ Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (上文脚注 21), p. 50; R. Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: the approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3 (2017), pp. 269–325, at p. 310; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (上文脚注 298), p. 163; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (上文脚注 199), paras. 33-34; A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford, Clarendon, 1986), p. 174; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), p. 74。

³⁰⁶ Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (上文脚注 305), p. 310; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (上文脚注 199), para. 36; Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht* (上文脚注 298), p. 386。

³⁰⁷ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (上文脚注 186), pp. 42-43。Gaja 随后指出，“在某种程度上，这种态度可能是大会通过决议造成的，但需要结合国家实践的其他要素来看待。在主张存在这类原则时考虑到国家实践，将使这些原则接近习惯规则”(同上)。

一立场似乎在某种程度上得到各国的实践以及国际性法院和法庭所作裁判的支持。

175. 鉴于上述情况，可以得出结论，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的承认是一般法律原则存在的必要条件。这种承认所能采取的确切形式可能取决于所涉一般法律原则的类别。

C. “文明各国”

176. 《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项规定，一般法律原则系为“文明各国”所承认的那些原则。这第三个要素涉及的问题是，一项一般法律原则必须得到谁的承认才能成为国际法的一部分。

177. “文明各国”一词是政治和法律概念的产物，可追溯到国际法的早期历史。当时的观点是，只有所谓的“文明各国”才是参与国际法生成并受其约束的国家。³⁰⁸ 例如，在确定习惯国际法的存在时，只考虑“文明各国”的做法。³⁰⁹ 一位作者指出，就一般法律原则而言，“文明各国”一词的用意是将被认为不文明的国家的法律体系排除在审议范围之外。³¹⁰ 另一位作者认为，当各法院和法庭用“文明国家的共同原则”来填补条约和习惯的空白时，它们“所阐述的原则都具有一个总的主旨，并且是所有西方主要法律体系的共同原则，这一点毫无争议”。³¹¹

178. 今天，文献广泛认为，没有必要赋予《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”任何特殊含义。人们多认为这个词不合时宜，因此应该避免使用。³¹² 这一立场也得到实践的支持，实践中不区分“文明”国家和“不文明”国家。正如 Ammoun 法官所指出的：

对[《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的案文]的理解只能是其范围具有世界普遍性，并且基于主权平等不对造成对其中成员的歧视划分。因此，区分文明国家和所谓不文明国家的标准是一种政治标准，即强权政治，而不是道德或法律标准……

³⁰⁸ J. Sloan, “Civilized Nations”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2011), para. 2.

³⁰⁹ 同上，第 25 段。

³¹⁰ Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (上文脚注 20)，第 25 页。

³¹¹ Cassese, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations” (上文脚注 238)，第 43 页。

³¹² Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13)，p. 927; Yusuf, “Concluding remarks” (上文脚注 298)，pp. 449-450; Besson, “General principles of international law – whose principles?” (上文脚注 267)，pp. 37-38; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (上文脚注 13)，p. 33; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (上文脚注 13)，p. 45; Herczegh, General Principles of Law and the International Legal Order (上文脚注 274)，p. 41; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (上文脚注 136)，p. 523; Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (上文脚注 20)，p. 25。

.....

.....法院在需要引用第三十八条第一款(寅)项时，可省略其中所提到的形容词，代之以“为.....各国所承认的一般法律原则；或者可以使用汉弗莱·沃尔多克爵士在 1968 年 10 月 30 日讲话中使用的措词形式，即：“各国法律体系承认的一般法律原则”，仅仅说：“一般法律原则”也行。³¹³

179. 还有人指出，“[‘文明各国’]这种不适当的措词可能部分解释了为什么[国际法院到]目前为止都不愿提及具体国家的国内制度的具体规则，以免暗示其他一些国家的制度不得被视为不太文明”。³¹⁴

180. 有人呼吁修正《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项。例如，1971 年，联合国秘书长应联合国大会的要求，编写了一份报告，其中载有各国对国际法院作用的想法和建议。³¹⁵ 墨西哥和危地马拉建议修正或删除《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”一词。特别是，墨西哥认为这个词是“旧殖民主义的口头遗物”，并建议改用‘国际社会’一词或别的类似的词。³¹⁶

181. 基于一般法律原则必须得到普遍承认的假设，一些学者将“文明各国”一词与《国际法院规约》第九条联系起来。一位作者认为，“[第九条]提供了充分的保障，法官是通过选举产生的，以确保“世界主要文明形式和主要法系的代表性”(.....)。鉴于这一点，可能不得不承认，法院所有法官准备接受为“一般法律原则”的任何东西事实上都必须“为文明各国所承认”。³¹⁷ Ammoun 法官在北海大陆架案中也提出了类似观点。他认为，“世界主要文明形式和主要法系”须参与国际法院的组成，这一要求重申了《联合国宪章》所设想的联合国所有会员国主权平等，所有国家都应参与一般法律原则的生成。³¹⁸

182. 少数一些学者认为，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”一词仍然具有一定意义。例如，有人建议，只有国家法律体系符合基本人权标准或“民主”国家才应被视为“文明”国家。³¹⁹ 但各国实践以及国际性法

³¹³ 北海大陆架(上文脚注 221), Ammoun 法官的个别意见，第 134-135 页。另见《执行联合国职务时所受损害的赔偿，咨询意见，1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页，Krylov 法官的反对意见，第 219 页(提到“各国承认”的一般法律原则)；《格陵兰和扬马延之间区域的海洋划界，判决书，1993 年国际法院案例汇编》，第 38 页。Weeramantry 法官的个别意见，第 236 页，脚注 9(提及“文明各国”一词为不当用语)。

³¹⁴ G. Gaja, “General Principles of Law”, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013), para. 2. 另见 Yusuf, “Concluding remarks”(上文脚注 298)，第 449 页。

³¹⁵ A/8382。

³¹⁶ 同上，第24至25页。

³¹⁷ M. Virally, “The sources of international law”, in M. Sørensen (ed.), Manual of Public International Law (London, Macmillan, 1968), pp. 116–174, at p. 146。

³¹⁸ 北海大陆架(上文脚注 221)，法官 Ammoun 的个别意见，第 133-134 段。

³¹⁹ Besson, “General principles of international law – whose principles?” (上文脚注 267), p. 38; Raimondo, General Principles of Law.....(上文脚注 13), p. 52-53; Sloan, “Civilized nations” (上文

院和法庭的裁判并不支持这一观点。在确定一般法律原则时区分“文明”国家和“不文明”国家可能会导致做出主观、武断的选择，而且有悖于主权平等的基本原则。此外，在确定一般法律原则之前，若须对各国法律体系是否符合国际人权规范或民主标准进行测试，虽然不是不可能，但也会使这些原则的确定过程变得过于繁琐。

183. 如上文第三部分所示，《常设国际法院规约》和《国际法院规约》之后的某些条约就不再使用“文明各国”一词。例如，一些国际投资协定中的公正和公平待遇条款提到“世界主要法系所体现的正当程序原则”。³²⁰ 同样，《罗马规约》第二十一条第一款第三项提到“法院从世界各法系的国内法……中得出的一般法律原则”。这些表述明示提及各国法律体系中存在的原则，并建议各国法律体系应具有广泛代表性。

184. 也有建议用“国际社会”一词替代“文明各国”。《公民权利和政治权利国际公约》就属这种情况，该《公约》有 172 个缔约国，其中第十五条第二款规定：“任何人之行为或不行为，于发生当时依各国公认之一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受本条规定之影响。”起草这条规定时有人曾提出“文明各国公认之一般法律原则”的提法，³²¹ 但遭到了各代表团的反对。³²²

185. 总之，人们普遍认为，将国家区分为“文明”和“不文明”国家的做法不可维系。而为避免《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”一词可能仍具有的历史意义，³²³ 各方一直采用诸如“国家”、“各国”和“国际社会”等其他提法。

186. 特别报告员认为，除了上述所有考虑之外，还必须在各国主权平等这一基本原则背景下看待作为国际法渊源之一的一般法律原则问题。因此，应避免使用《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”一词，在任何情况下都应解释为泛指各国。在这方面，应采用“各国承认的一般法律原则”的提法。

脚注 308), para. 3. See also B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), p. 64; A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, in *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (IUHEL, 1968), pp. 366–390, at p. 371.

³²⁰ 见上文脚注 204。

³²¹ E/CN.4/SR.324, 第 4 页。

³²² 同上，第 5-14 页。

³²³ Yusuf, “Concluding remarks”(上文脚注 298)，第 449 页。

187. 这一基本结论自然没有彻底说清需要谁承认的问题，有待解决的问题还有若干，例如各国的承认必须具有多大的代表性，或者是否有其他方法可确定存在一般法律原则；以及国际组织和其他行为体是否也可参与一般法律原则的生成。³²⁴ 特别报告员将在今后的报告中更深入地讨论这些问题。提出一条结论草案如下：

“结论草案 2：承认的要求

一般法律原则须为各国普遍承认才会存在。”

二. 作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源

188. 正如本报告前面所提到的，至少在文献中，对于作为国际法渊源之一的一般法律原则的起源存在着一些争议。这一问题常常被界定为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所涵盖的一般法律类别的问题，在上一节讨论承认的要求时已简要谈到过这一问题。

189. 虽然文献中提出了各类一般法律原则，³²⁵ 但有两类原则似乎得到实践的支持并为学者广泛接受：源于国家法律体系的一般法律原则和国际法律体系中形成的一般法律原则。特别报告员将在本节中分别讨论这些问题，但不妨碍随着本专题的不断发展而得出进一步的结论。应当指出，本节仅旨在讨论存在这些类别的一般法律原则，并不想就可能承认哪些类别给出明确的答案，此问题留待以后处理。

A. 源自国家法律体系的一般法律原则³²⁶

190. 如上所述，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的一个可能渊源是各国的国家法律体系，这一点似乎在文献中被广为接受。许多作者似乎认为，只有大多数国家法律体系共有的原则才符合该条款规定的承认要求。³²⁷

191. 作为国际法渊源之一的一般法律原则可以从国家法律体系中产生，《常设国际法院规约》的起草工作，特别是法学家咨询委员会的工作都支持这一点，该委

³²⁴ Reinisch, “Sources of international organizations’ law……” (上文脚注 261), 第 1022 页(“一般法律原则也可以为国际组织确立义务提供有效的依据。通常被认为源自各国国内各种法律秩序的共同原则的一般法律原则，其约束力对国际组织来说可能难以确定，因为与习惯一样，国际组织将没有机会参与各国法律秩序的创建。尽管如此，但有足够多的例子证明，国际组织已准备好接受源自其成员国国内法的一般法律原则……。一般法律原则的相关性并不限于欧洲联盟的特殊情况。在国际组织的内部就业法中，特别是在国际行政法庭中，一般法律原则被广泛用作填补空白，这证明，一般法律原则往往被认为是直接适用于国际组织的法律”)。

³²⁵ 见上文第 23 段。

³²⁶ 这一类别有时被称为“国内法的一般原则”、“国家法律的一般原则”、“国内法所承认的一般原则”或“与国内法律体系中原则平行的一般原则”。特别报告员认为，“源自国家法律体系的一般法律原则”一词比较方便，因为该词与这些原则的识别方式有更密切的关系。

³²⁷ 见上文第 167 段。

员会内部普遍同意，一般法律原则是那些在国内法院中找到的原则。³²⁸ 同样，作为通过《常设国际法院规约》的背景，《常设国际法院规约》通过之前的做法也值得回顾：当时各国和裁判机构在各种情况下都援引国家法律体系和罗马法中的规则或原则作为在国际层面适用相应原则的依据。³²⁹

192. 这类一般法律原则也反映在各国最近的实践以及国际性法院和法庭的裁判中。关于国家实践，人们可以发现许多各国在诉讼中援引源自国家法律体系的一般法律原则的情况。一个众所周知的例子是葡萄牙与印度之间的通行权案。葡萄牙对其声称的通行权作了如下解释：

le droit du Portugal de transiter à travers l'Union indienne ... se présente comme une nécessité logique, impliquée dans la notion même de souveraineté ... Mais ce n'est pas seulement de là qu'il découle. Ses bases conventionnelles et coutumières ne sont ni moins certaines, ni moins solides que le principe général auquel il se rattache.³³⁰

[葡萄牙穿越印度联邦的通行权……是隐含在主权概念中的，在逻辑上具有必然性……，但原因还不止如此，其条约上的基础和习惯法基础与所涉一般原则一样确定或牢固”。]

193. 葡萄牙在对印度辩诉状的答复中³³¹ 进一步解释说：

Un désaccord existe entre les Parties relativement à la notion de « principes généraux de droit », le Gouvernement de l'Inde estimant que seuls les principes qui sont attestés par la conformité des droits internes méritent cette appellation, tandis que le Gouvernement portugais considère ces limites comme trop étroites. Il est en tout cas certain que les principes admis in foro domestico par les nations civilisées sont inclus dans l'ordre juridique international.³³²

[双方对“一般法律原则”的概念有分歧，印度政府认为只有那些得到国内法一致证明的原则才配得上这个名称，而葡萄牙政府认为这些限制太窄。

³²⁸ 见上文第 109 段。一位作者指出，将《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项解释为包括这类一般法律原则，可被视为对该条款的“静态和历史”解释。见 Kolb, *La bonne foi en droit international public* (上文脚注 25)，第 56 页。

³²⁹ 具体见上文第三部分援引的亚拉巴马州索赔仲裁案(上文脚注 120)、法比亚尼案(上文脚注 122)、虔诚基金案(上文脚注 123)、北大西洋渔业案(上文脚注 128)和俄罗斯赔偿案(上文脚注 132)。另见巴西、挪威和瑞典之间的女王案(1871 年)，在该案中，仲裁员适用了“所有国家立法承认”的原则，根据这一原则，申请人必须证明其索赔要求(“……ao conhecimento da presente questão deve ser aplicado, como regra dominante de decidir, o preceito de jurisprudencia, reconhecido pela legislação de todos os países, de que a parte reclamante incumbe a prova da sua pretensão” [在裁断当前问题时适用的首要规则是所有国家的立法都承认的一条法理原则，即主张的证明责任由主张提出人承担]) (*Pasicrisie internationale*(上文脚注 114)，第 155 页)。

³³⁰ 通行权(上文脚注 222)，葡萄牙的诉状，第 41 段。

³³¹ 同上，印度辩诉状，第 294-306 段；印度第二次答辩状，第 565-569 段。

³³² 同上，葡萄牙的答复，第 327 段。

在任何情况下，文明国家在国内法院所接受的原则肯定会被纳入国际法律秩序。]

194. 为了证明其声称的通行权的存在，葡萄牙编写了一份关于 64 个国家法律体系的比较研究报告，附在其答复中。³³³ 然而，法院认为当事方之间存在双边习惯，因此认为没有必要审议依据一般法律原则是否会得出同样的结果。

195. 在“某些财产案”中，列支敦士登辩称，不当得利是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一项一般法律原则。列支敦士登指出，“一项规则只有(一)如果适用于国内法的主要体系，(二)如果其“可移植到”国际法中……”，那么才能将该项规则视为一般法律原则。³³⁴ 为证明满足了第一个条件，列支敦士登援引罗马法以及奥地利、法国、意大利、伊朗伊斯兰共和国、瑞士、联合王国和美国等国的法律体系。³³⁵ 但是，国际法院没有谈到这些论点，因为法院认为它没有审理此案的管辖权。

196. 在收缴和扣押某些文件和数据的问题案(2015 年终止)中，东帝汶特别声称，澳大利亚违反了不干涉与法律顾问沟通的原则(法律专业特权)。东帝汶提出，其主张的权利可被视为是一项习惯国际法规则或一般法律原则。³³⁶ 原告国指出：“不用说，大多数国家都承认某种形式的法律专业特权，以保护法律顾问与其客户之间保密通信的专业秘密”。³³⁷

197. 澳大利亚答复说，“《规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则一般均源于国内判例的一般原则，并经适当调整以适应国际法领域，避免‘扭曲’”。³³⁸ 但澳大利亚驳回了东帝汶的论点是因为“仅凭许多国内法律体系中存在某种形式的法律专业特权这一事实，不足以生成一项新的国际法一般原则”，³³⁹ 东帝汶“未努力解释国内法原则如何在不扭曲的情况下进行适当调整以适应国际法领域，或如何在国际法中复制国内法律体系中关于主张和检验特权的具体且往往复杂的程序”。³⁴⁰

198. 《罗马规约》第二十一条第一款(寅)项也与此相关。该条款规定，在《规约》、《犯罪要件》、《程序和证据规则》、其他条约规则以及“国际法原则和规则”中没有确立规则的情况下，法院应适用“本法院从世界各法系的国内法，包括适当

³³³ 同上，葡萄牙的答复，第 858 页，应与葡萄牙关于印度政府初步反对意见的意见和结论的附件 20，第 714 及其后各页一并阅读。

³³⁴ 某些财产(上文脚注 225)，列支敦士登诉状，第 6.5 段。

³³⁵ 同上，第 6.7-6.15 段。

³³⁶ 收缴和扣押某些文件和数据的问题(上文脚注 226)，东帝汶诉状，第 6.2 段。

³³⁷ 为支持这一点，东帝汶就这一问题提供了三份研究报告，涵盖 45 个国内法律体系(其诉状附件 22-24)。

³³⁸ 收缴和扣押某些文件和数据的问题(上文脚注 226)，澳大利亚的辩诉状，第 4.20 段。

³³⁹ 同上，第 4.21 段。

³⁴⁰ 同上，第 4.22 段。另见第 4.34-4.38 段；第 4.43-4.47 段。澳大利亚提供了“关于法律职业特权/保密的国家法律摘要：范围和例外情况”(附件 51)。

时从通常对该犯罪行为行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范 and 标准”。如上文第三部分所做的解释，“法院从世界各法系的国内法得出的一般法律原则”一语可被视为反映了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所涵盖的部分范畴。

199. 同样，一些双边投资条约提到“依照世界主要法律体系所体现的正当程序原则”的不拒绝司法义务。³⁴¹

200. 在国家法院的一些裁判和其他类似材料中也可以找到更多的国家实践。例如，德国联邦宪法法院在 2004 年 9 月 4 日的一项判决中认为，《德国宪法》第二十五条中使用的“国际法一般规则”一词包括一般法律原则，后者是“各国国内法律体系所共有的公认法律原则，可转用于国家间关系”。³⁴²

201. 在一个涉及一家公司对指称的侵犯人权行为所负责任的案件中，美国上诉法院(第四巡回法院)参照《国际法院规约》第三十八条第一项界定了(《外国人侵权行为规约》中的)“万国法”一词的范围。上诉法院这样做时还提到《外交关系法重述》(第三版)第 102 节，该节将一般法律原则描述为“从主要法律体系共同的一般原则衍生而来，为国际社会所接受的法律原则”。³⁴³

202. 同样，瑞士联邦委员会在 2010 年的一份报告中将一般法律原则界定为“包含世界主要法律体系共同的、具有普遍价值的原则”。这些原则往往源自国内法，但作为一般规则，无论是条约所定法还是习惯法，都不能用来解决争端”。³⁴⁴

203. 最后，还值得回顾的是，各国已经在第六委员会就这类一般法律原则发表了意见。其中，巴西认为，一般法律原则的识别“基于世界所有法律体系”。³⁴⁵

204. 国际性法院和法庭也在各种情况下援引这类一般法律原则。例如，在科孚海峡案中，国际法院认为，关于证明责任，应允许一国“(……)更自由地援引事

³⁴¹ 见上文脚注 20 4。

³⁴² 2 BVR 1475/07，第 20 段。(“Allgemeine Rechtsgrundsätze sind anerkannte Rechtsprinzipien, die übereinstimmend in den innerstaatlichen Rechtsordnungen zu finden und auf den zwischenstaatlichen Verkehr übertragbar sind”[一般法律原则是国内法律体系共有且可移植于国家间关系的公认法律原则)。另见 BVerge 118, 124, 第 63 段。

³⁴³ Aziz and ors v. Alcolac Incorporated and ors, Appeal judgment of 19 September 2011, ILDC 1878 (US 2011), paras. 40-42. 另见 Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims of Agent Orange / Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors, Judgment of 10 March 2005, ILDC 123 (US 2005), paras. 328-330。

³⁴⁴ “Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008” (5 March 2010), p. 2084. 在 2011 年的另一份报告中，联邦议会将一般法律原则界定为“普遍有效的规范，因为它们为世界所有主要法律体系所承认”。见“Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne” (30 March 2011), p. 3412。

³⁴⁵ A/C.6/72/SR.21，第 15 段；A/C.6/73/SR.21，第 41 段。

实推理和间接证据。这种间接证据为所有法律体系所接受，并且其使用得到国际裁判的承认。³⁴⁶ “所有法律体系”一词可理解为包括国家法律体系。

205. 在巴塞罗那电车公司案中，法院援引国内法，以适用关于外交保护的国际法规则。法院裁定：

现在来看此案的国际法律方面，正如已经指出的那样，法院必须从这样一个事实出发，即本案基本上涉及源自国内法的因素-公司和股东之间的区分和一体性-无论双方对此的解释有多大不同，但都要将此作为其推理的出发点。如果法院裁判此案时无视相关的国内法机制，则会引发不必要的严重的法律困难。裁判将与现实脱节，因为法院没有可以援引的相应的国际法机制。因此，如上文所述，法院不仅要承认国内法，而且要援引国内法。国际法所提及的规则是承认有限公司的资本表现为股份的国内法，而不是特定国家的国内法普遍接受的规则。所提及的这些规则，法院无权修改，更不能改变。³⁴⁷

206. 西南非洲案是少数几个明示提及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的案件之一，法院认为：

这一论点相当于请求法院允许类似于“众有诉权”的存在，即社区任何居民均有权为维护公共利益而采取法律行动。但是，虽然这种权利可能存在于某些国家法律体系中，但目前的国际法中并无这样的规定：法院也不能认为这是由《规约》第三十八条第一款(寅)项提到的“一般法律原则”引入的。³⁴⁸

207. 虽然法院在本案中否定了一般法律原则的存在，但这一段可被解释为暗示，如果足够多的国内法体系中都有“众有诉权”，而不仅仅是某些国内法体系中有这项规定，那么众有诉权可能会被视为是一项一般法律原则。法院使用“引入”一词还表明，必须研究各国法律体系才能确定是否是一般法律原则。³⁴⁹

208. 关于国家间仲裁，仲裁员在转运货物案中指出：“(……)指导条约或国际协定解释和证据采信的国际法原则已被理论所确认，最重要的是，被与文明国家采用的合同解释规则密切一致的国际判例法所确认”。³⁵⁰ 在这方面，法院提到了解释原则(如善意和效力)和证明责任原则。³⁵¹

³⁴⁶ 科孚海峡(上文脚注 214)，第 18 页。

³⁴⁷ 巴塞罗那电车公司(上文脚注 217)，第 37 页，第 50 段。另见第 39-40 页，第 56 段。

³⁴⁸ 西南非洲(上文脚注 221)，第 47 页，第 88 段。

³⁴⁹ Gaja 认为，“在这一段中，法院暗示，国内法共有的一项原则不会自动转化为国际法”。见 Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (上文脚注 186)，第 38 页。

³⁵⁰ 转运货物，(上文脚注 230)，第 70 页。

³⁵¹ 同上。

209. 在灯塔仲裁案中，关于希腊提出的不转移由侵权行为引起的债务的论点，仲裁庭认为：

Si cet argument formulait en vérité un principe général de droit, il devrait également jouer et au même titre dans le droit civil, mais il est loin d'en être ainsi. Bien au contraire, les dettes délictuelles de personnes privées, qui présenteraient exactement le même caractère « hautement personnel », passent généralement aux héritiers. Ce n'est pas à dire que les principes de droit privé soient applicables comme tels en matière de succession d'Etats, mais seulement que le seul argument qui soit quelquefois invoqué pour nier la transmission de dettes délictuelles n'a pas de valeur.³⁵²

[如果这一论点真的形成了一项一般法律原则，那么它也应该在民法中发挥同样的作用，但事实远非如此。相反，具有完全相同的“高度个人化”性质的私人刑事债务则通常会转给继承人。这并不是说私法原则同样适用于国家继承问题，而只是说，有时被援引来否认刑事债务转移的论点本身是不成立的]。

210. 在阿根廷-智利边境案中，法庭适用了禁反言原则，并提及该原则与国家法律体系的关系。法庭在提到柏威夏寺一案，并指出：

国际法中有一项原则，不仅是一项技术证据规则，而且更是一项实体法原则，即“国际诉讼的一个当事国，如果其之前的行为或态与其在诉讼中的主张相矛盾，那么该当事国受其之前行为或态度的约束”。有若干不同术语用于指称这一原则，其中“禁反言”和“排除”最为常见。但同样清楚的一点是，对这些术语的理解不应与国内法中的理解完全相同。³⁵³

法庭在查戈斯海洋保护区案中也得出了类似的结论。³⁵⁴

211. 在苏丹和苏丹人民解放运动/解放军之间的阿卜耶伊仲裁中，就阿卜耶伊边界委员会的专家的职权是否超出了双方《全面和平协议》规定的授权任务问题，仲裁庭还考虑了适用于国家法律体系的一般原则。仲裁协议明确要求仲裁庭适用“一般法律原则和惯例”(第3条)。法庭首先裁定：

鉴于关于“超出授权”在法律上具体代表的内容的权威性不足，仲裁庭同意，适用于国际公法和国家法律体系的审查原则(只要后者的惯例是普遍共同的)可能可以作为“一般法律原则和惯例”而对其第2条(a)项的调查具有相关性。³⁵⁵

³⁵² 奥斯曼帝国灯塔特许权(上文脚注 231)，第 199 页。

³⁵³ 阿根廷-智利边境(上文脚注 232)，第 164 页。

³⁵⁴ 查戈斯海洋保护区(上文脚注 236)，第 542-544 页，第 435-438 段。

³⁵⁵ 阿卜耶伊仲裁(上文脚注 235)，第 299 页，第 401 段。

212. 法庭随后分析了国家法律体系³⁵⁶ 以及国际公法中³⁵⁷ 与行政机构有关的司法审查程序。

213. 国际性刑事法庭也曾参考或适用源自国家法律体系的一般法律原则。例如，在 2006 年 7 月 13 日的一项判决中，国际刑事法院上诉分庭就检方提出的一项上诉作出了裁判，事涉对预审分庭的一项裁判进行《法院规约》或《程序和证据规则》中未作规定的“特别审查”。³⁵⁸ 检方认为，“缺乏可供依据的审查有关负面裁决的机制，只能将此视为是法律中的一个空白。因此，必须通过《规约》第二十一条第一款(寅)项规定的适用于本案的一般法律原则予以补救”。³⁵⁹

214. 上诉分庭认为，《罗马规约》第二十一条第一款(c)项力求将源自世界各国法律体系的一般法律原则作为法律渊源。³⁶⁰ 然后，上述分庭分析了检方就各种国内法律体系中不许上诉的裁判的可审查性提出的论点后，³⁶¹ 得出结论：“在审查下级法院不允许或不许可上诉的裁判方面不存在一项一般法律原则或普遍公认原则”。³⁶²

215. 前南斯拉夫问题国际法庭更多地援引源自国家法律体系的一般法律原则。例如，在 *Furundžija* 案中，一个审判分庭在指出“国际法中找不到强奸的定义”后，³⁶³ 试图在条约和其他国际刑事法庭的判例法中找到可能的定义。³⁶⁴ 然后，该审判分庭指出：

除了强调的内容之外，不可从国际条约或习惯法中提取任何其他内容，诉诸国际刑法的一般原则或国际法的一般原则也无济于事。因此，审判分庭认为，为依据刑法的特定性原则(也被称为“法无明文不为罪”的准则)得出强奸的准确定义，有必要研究世界主要法律体系共有的刑法原则。这些原则可在充分谨慎的前提下从国家法律中派生出来。

如果国际刑法规范没有界定刑法的一个概念，那么援引国家立法则有正当理由，但须符合以下条件：(一) 除非有国际规则指明，否则不应只提及一种国家法律体系，例如普通法系或大陆法系国家的法律体系。相反，国际法院必须借鉴世界所有主要法律体系共有的一般概念和法律机制。这项工作的前提是识别这些法律体系中的共同标准，以便确定它们所共有的基本概念；(二) 由于“国际审判表现出一些区别于国家刑事诉讼的特征”，因此在

³⁵⁶ 同上，第 299-300 页，第 402 段。法庭分析了美国、联合王国和“某些欧洲大陆法系”的做法。

³⁵⁷ 同上，第 300 页，第 403-404 段。

³⁵⁸ 刚果民主共和国局势，判决书(上文脚注 239)，第 3 段。

³⁵⁹ 同上，第 22 段。

³⁶⁰ 同上，第 24 段。

³⁶¹ 同上，第 26-31 段。

³⁶² 同上，第 32 段。

³⁶³ 检察官诉 *Furundžija* (上文脚注 240)，第 175 段。

³⁶⁴ 同上，第 175-176 段。

利用国内法概念时必须考虑到国际刑事诉讼的特定性。这样，就避免了机械地将国内法引入或转用于国际刑事诉讼，以及由此造成的对这类诉讼程序特定性的扭曲。³⁶⁵

216. 在评估了各国的国家法律体系后，审判分庭得以确定强奸定义的某些要素。³⁶⁶

217. 在 Kunarac 案中，另一个审判分庭援引一般法律原则扩大了 Furundija 案中提出的强奸定义，认为该定义“适合该案的情况”，但“表述的范围比国际法要求的要窄”。³⁶⁷ 该审判分庭陈述如下：

在没有关于强奸问题的习惯国际法或条约所定国际法的情况下，通过参照世界主要国家法律体系共同的一般法律原则，有助于确定国际法可界定插入性交行为构成强奸的情形的性质。这些资料来源的价值在于，它们可以披露“一般概念和法律机制”，如果这些概念和法律机制为广泛的国家法律体系所共有，则披露了一种处理某个法律问题的国际方法，这种方法可被视为国际法在这一问题上的适当指标。在审议这些国家法律体系时，为确定一项具体法律规定是否为大多数法律体系所采用，审判分庭并未调查世界主要法系，而是考虑是否有可能通过对国家制度的总体审查，在那些含有在国际情形中须予采用的原则的法律体系中发现某些基本原则，或者用 Furundija 判决的话来说，发现某些“共同标准”。³⁶⁸

218. 该分庭接着分析了若干国家的国家法律体系，³⁶⁹ 并得出结论“[认为，这些法律体系真正共同的基本原则是，严重侵犯性自主的行为将受到惩罚]”。³⁷⁰

219. 在 Čelebić 案中，前南问题国际法庭上诉分庭支持审判分庭关于罪刑法定原则的推理。审判分庭认定：

不可否认，根据所有法律体系承认的“一般法律原则”，谋杀、酷刑、强奸和不人道待遇等行为都属犯罪行为。因此，考虑在本案中适用法无明文不为罪原则时，应考虑到《公民权利和政治权利国际公约》第十五条第 2 款所载的告诫。这项原则的目的是防止个人因其在施行时有理由认为合法的行为而受到起诉和惩罚。而声称被告不承认起诉书中指控的行为的犯罪

³⁶⁵ 同上，第 177-180 段。

³⁶⁶ 同上，第 181 段。但另见第 182-186 段。（下一节讨论）。

³⁶⁷ 检察官诉 Kunarac 等人（上文脚注 240），第 438 段。

³⁶⁸ 同上，第 439 段。

³⁶⁹ 同上，第 443-456 段。

³⁷⁰ 同上，第 457 段。

性质会损害可信度。他们未能预见会设立一个国际法庭作为起诉场所，这一事实并不重要。³⁷¹

220. 美洲人权法院在 *Aloeboetoe* 等人案中被要求确定谁是某人的赔偿继承人。法院明确提到《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，并根据“多数法律体系”确定谁是赔偿继承人。³⁷²

221. 投资者与国家争端的解决案中提到了源自国家法律体系的一般法律原则，例如，在 *Inceysa* 诉萨尔瓦多案中，仲裁庭认为“一般来说，一般法律原则被理解为国际共识所依据的一般规则，认为它们是必须始终适用的普遍标准和行为规则，重要评论者认为，它们是国家法律体系所依据的法律规则”。³⁷³ 在 *El Paso* 诉阿根廷案中，仲裁庭指出，法律的一般原则是“主要适用于私人或公共、实质性或程序性事项的国内规则，条件是经过调整后，这些规则适用于国际公法层面”。³⁷⁴ 仲裁庭随后认为：

正如统法协会《国际商业合同原则》所确认的那样，在某些情况下排除不法性的一般原则是不容置疑的，这是对合同法的一种国际重述，反映了大多数国家法律体系适用的规则和原则。³⁷⁵

222. 在 *Sea-Land Service* 诉伊朗案中，伊朗-美国索赔法庭认为，关于不当得利的原则“在世界绝大多数国内法体系中得到编纂或司法承认，并被广泛接受为已被纳入可供国际法庭适用的一般法律原则目录”。³⁷⁶ 在另一起案件中，法庭认为，“情况改变的概念”……的基本形式已被纳入如此多的法律体系，可被视为是一项一般法律原则；法庭还在《维也纳条约法公约》第六十二条中发现得到广泛认可的表述”。³⁷⁷

223. 上述例子清楚地表明，一般法律原则可源自国家法律体系。虽然没有指出某项原则必须存在于确切多少个国家法律体系中，但使用了诸如“世界上绝大多数的国内法律体系”、“大多数国家法律体系”、“大多数立法”和“世界主要法系”等术语。

³⁷¹ 检察官诉 Mucić 等人(上文脚注 240)，第 179-180 段。另见检察官诉 Kupreškić 等人(上文脚注 240)，第 677、680-695 段；检察官诉 Drazen Erdemović，1996 年 11 月 29 日判决书(IT-96-22-T)，第 19 和 31 段。

³⁷² *Aloeboetoe* 等人诉苏里南(上文脚注 256)，第 61-62 段。

³⁷³ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 2 August 2006, para. 227。

³⁷⁴ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, para. 622。

³⁷⁵ 同上，第 623 段。另见 *Total* 诉阿根廷(上文脚注 246)，第 128-130 段；*Toto Costruzioni* 诉黎巴嫩(上文脚注 246)，第 166 段。

³⁷⁶ *Sea-Land Service* 诉伊朗(上文脚注 247)，第 168 页。

³⁷⁷ *Questech, Inc. v. Iran*, Award No. 191-59-1 (20 September 1985), IUSCTR, vol. 9, p. 107, at p. 122. 另见 *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, Award No. 438-430-1 (5 September 1989), IUSCTR, vol. 23, p. 171, para. 92; *Isaiah v. Bank Mellat*, Award No. 35-219-2 (30 March 1983), IUSCTR, vol. 2, p. 237。

224. 在某些情况下，为识别某项一般法律原则，明示地表示对多个国家法律体系进行了比较调查。在这方面，一些作者建议，如果没有明示地表示进行过这种调查，那么法院和法庭可能是“默示地”、“自发地”或“直觉地”认定这是多国国家法律体系共有的法律原则。³⁷⁸

225. 然而，仅仅在大多数国家法律体系中存在某项原则，并不足以使该项原则成为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。如上一节所述，文献中普遍认为，此类原则必须另外“移植”到国际法律体系中。³⁷⁹ 用经常被引用的 McNair 法官的话说：

国际法已经并将继续从私法体系中吸收许多规则和机制。《法院规约》第三十八条第一款(寅)项证明，这一进程仍在进行中。国际法从这一渊源借用的方式不是引入现成的、完全具备一套规则的私法机制。那将使这一进程很难与适用“一般法律原则”相协调。我认为，国际性法庭在这一问题上的职责的正确看法应是，将任何使人想起私法规则和机构的特点或术语视为对政策和原则的提示，而不是要直接引入这些规则和机制。³⁸⁰

226. Simma 法官表达了类似的意见。在审议“未履行契约的抗辩”是否可以构成《国际法院规约》第三十八条第一款第 3 项意义上的一般法律原则时，他提到“在国内法中形成的这一概念向国际法律层面的可借用性，即为了使这项一般原则也在国际一级发挥建设性作用而必须进行的修正”。³⁸¹ 还有人认为，一般法律原则是“一个自为一体的国际法体系，其内容受到国内法的影响，但仍是由其自身而形成的”，³⁸² 并指出：

如果[世界]法院认为国内法的相关方面有一致之处，那么另一项检验应涉及国内法产生的原则是否符合将适用该原则的国际法原则和规则框架。³⁸³

³⁷⁸ 特别是关于国际法院，其理由是援引《法院规约》第九条，该条要求法院的组成代表“世界各大文化及各主要法系”。例如见 Pellet and Müller, “Article 38” (上文脚注 13), p. 930; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (上文脚注 13), p. 50; Waldock, “General course on public international law” (上文脚注 113), p. 67; Virally, “The sources of international law” (上文脚注 317), p. 146。关于使用比较法方法识别一般法律原则的问题，见 J. Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), pp. 949-971。

³⁷⁹ 见上文第 169 段。

³⁸⁰ 《西南非洲的国际地位，咨询意见，1950 年国际法院案例汇编》第 128 页，McNair 法官的个别意见，第 148 页。另见上文第 169 段。

³⁸¹ 《1995 年 9 月 13 日<临时协议>的适用(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)(上文脚注 223)，法官 Simma 的单独意见，第 13 页。

³⁸² J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 35。他还建议国际法庭“从其他发展完备的体系中选择、编辑和调整各要素”(同上)。

³⁸³ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (上文脚注 186)，第 40 页。

227. 前几段提到的一些实践(它们之间有些重要的细微差别证实,要使国家法律体系中的一项原则成为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则,需要在国际法层面进一步进行移植位或适用性测试。³⁸⁴ 例如,在“某些财产”案中,列支敦士登提出,国家法律体系的一项共同原则必须“可移植于”国际法,并解释说,“不当得利原则和国际公法之间不存在不相容之处”,而且“国际公法接受这一原则”。³⁸⁵ 在收缴和扣押某些文件和数据的问题案中,澳大利亚认为,国家法律体系中存在的原则必须“适当适应国际法领域,以避免‘扭曲’”。³⁸⁶ 同样,德国联邦宪法法院指出,国家法律体系中存在的原则必须“可移植于国家间关系”。³⁸⁷

228. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中裁定,其不能“修改”或“改变”国家法律体系中存在的原则。³⁸⁸ 相比之下,上述两个仲裁庭均认为,不能将禁反言原则理解为与国内法律体系中的原则完全相同。³⁸⁹ 此外,前南斯拉夫问题国际法庭指出,必须避免“机械式地引入或移植”国家法律体系中存在的原则。³⁹⁰ 最后,伊朗-美国索赔法庭认为,国家法律体系中存在的某项原则必须“被广泛接受为已纳入可供国际法庭适用的一般法律原则目录之中”。³⁹¹

229. 有待解决的关键问题是如何确定各国国家法律体系中共有的一项原则可适用于国际一级。这是一个需要认真思考的问题,并将在今后关于一般法律原则的识别的报告中加以分析。

230. 鉴于上述情况,法律体系可以得出结论认为,属《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项范围内的各类一般法律原则中有一类是源于各国国家法律体系的一般法律原则,前提是能够确定大多数法律体系共有的原则。

B. 在国际法体系内形成的一般法律原则³⁹²

231. 第二类一般法律原则涉及的那些原则并非源于各国的国家法律体系,而是源于国际法体系本身。与前一节所述类别一样,国际法体系中形成的一般法律原则也在实践和文献中找到了存在的依据。

³⁸⁴ 事实上,甚至在《常设国际法院规约》通过之前,就已经有一种想法,即各国法律体系的共同原则在未经进一步审议前不能适用于国际法。特别见北大西洋海岸渔业案(见第 86 段),在此案中,仲裁庭认为“地役”的概念不适合于国家间关系。

³⁸⁵ 某些财产(上文脚注 225),列支敦士登的诉状,第 6.20-6.21 段。

³⁸⁶ 见上文第 197 段。

³⁸⁷ 见上文第 200 段。

³⁸⁸ 见上文第 205 段。

³⁸⁹ 见上文第 210 段。

³⁹⁰ 见上文第 215 段。

³⁹¹ 见上文第 222 段。

³⁹² 这一类别有时也称为“国际法的一般原则”、“源于国际社会特定性质的一般法律原则”或“国际法特有的一般原则”。

232. 这类一般法律原则有各种依据表明其具有正当理由。如上所述,文献表明,《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的通常含义并不排除会存在国际法体系产生的一般法律原则。³⁹³ 此外,一位作者认为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的存在理由和目的是为了填补条约所定国际法和习惯国际法的空白,该作者表示,“必须认定该款项的起草者含蓄地同意为此目的使用国际法的一般原则,因为很难相信会允许用国内法的原则而非国际法的原则来填补……的空白”。³⁹⁴

233. 文献中有时讨论的一个重要问题是国际法体系内形成的一般法律原则与习惯国际法之间的关系。例如,有人提出,属于这一类别的一般法律原则的形成过程是,“首先明确阐明原则,而‘整个国际社会’……从一开始或逐渐‘接受和承认’其具有约束力”。³⁹⁵ 根据这一观点,这一进程不会立即导致习惯国际法规则的出现,而是产生《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。³⁹⁶ 而另一些作者则认为,在国际法体系中形成的一般法律原则与条约所定国际法或习惯国际法的规则并无区别。³⁹⁷

234. 作为可归于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项范畴的一般法律原则类别,国际法体系中形成的一般法律原则也须满足承认的要求。如上所述,有人提出,可以通过从现有的条约所定国际法和习惯国际法规则中进行演绎或提炼来满足承认的要求,或者是通过国际组织的行动,如联合国大会决议等来表明各国对具体事项的协商一致意见,满足这一要求。³⁹⁸ 就人权法而言,有两位作者

³⁹³ Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), 第 67 页。

³⁹⁴ 同上。Siorat 认为,《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项与法官通过类比“进行制度化的权力”有关,认为“明确允许与国内法规则类比,更意味着默认与国际法规则类比……。有做更多的权力,则有做更少的权利:正式允许法院以其所属法律体系之外的另一法律体系的规则作为推理类比的基础,也就是默示地允许法院以其首先要适用的条约所定国际法和习惯国际法规则为基础”(L. Siorat, *Le problème des lacunes en Droit International* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958) p. 286)。

³⁹⁵ 见 B. Simma and P. Alston, “The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1989), pp. 82–108, at p. 104, 其中引用国际法协会美国分会题为“国家实践在形成习惯国际法和一般国际法强制性规范中的作用”的报告(1989 年 1 月 19 日)。

³⁹⁶ 同上。

³⁹⁷ Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law……” (上文脚注 280), p. 490; Raimondo, *General Principles of Law……* (上文脚注 13), p. 42; Degan, *Sources of International Law* (上文脚注 138), p. 83; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (上文脚注 13), pp. 24–26; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (上文脚注 13), p. 42; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (上文脚注 13), p. 204。参看 Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (上文脚注 13), pp. 67–69。

³⁹⁸ 见上文第 171–173 段。

将确定国际法体系中形成的原则派生的一般原则是否存在的过程描述为“‘在法律形式上充分表达了’基本人道注意考量的一个明确的协商一致的过程。”³⁹⁹

235. 源于国际法体系的一般法律原则类别的存在得到了各国实践以及国际性法院和法庭裁判的印证。下面给出的例子展现了几个特点。首先，提及构成国际法一部分、但似乎不是条约所定国际法或习惯国际法规则的‘原则’（有时使用接近《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的措辞）。第二，一般而言，在识别此种原则时不提及国家法律体系共同的原则。第三，此种原则是否存在似乎是根据各种依据确定的，例如通过参考国际材料和确定其他国际法规则所依据的原则。特别是，各国对这些原则的承认似乎体现在条约的准备工作材料、条约条款以及联合国大会的决议所述和有关宣言所表达的承认之中，等等。

236. 例如，在科孚海峡案中，国际法院认为：

阿尔巴尼亚当局应尽的义务包括，为一般的航行利益起见应通告在阿尔巴尼亚领海设有布雷区并应警告趋近的英国军舰布雷区可对它们造成紧急危险。这些义务的依据，不是适用于战时的 1907 年《海牙第八公约》，而是基于某些一般性的且获得公认的原则，即：最基本的人道考量，而这些考量在和平时期比在战时更为严苛；海上通信自由原则；每个国家都有义务不在明知的情况下允许其领土被用来进行违反他国权利的活动。⁴⁰⁰

237. 国际法院在关于对《灭绝种族罪公约》的保留的咨询意见中指出：

《[灭绝种族罪]公约》的起源表明，联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为，视之为‘国际法上的一种罪行’，因为此等行为否认整个人类的生存权，此种否认震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬(联合国大会第 96(I)号决议，1946 年 12 月 11 日)。这一概念产生的第一个后果是，《公约》的基本原则是文明国家承认对国家具有约束力的原则，即便《公约》未约定任何义务。⁴⁰¹

238. 法院表示，《灭绝种族罪公约》的基本原则是对各国具有约束力的“文明国家承认的原则”，即便《公约》未约定任何义务，这也似乎直接指向《规约》第三十八条第一款(寅)项。⁴⁰² 对国家法律体系的共同原则未予提及。法

³⁹⁹ Simma and Alston, “The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles” (上文脚注 395), p. 107.

⁴⁰⁰ 科孚海峡案(上文脚注 214)，第 22 页。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)(上文脚注 223)，第 112 页，第 215 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 257 页，第 79 段。

⁴⁰¹ 对《灭绝种族罪公约》的保留(上文脚注 215)，第 23 页。

⁴⁰² W. Schabas, “Genocide Convention, Reservations (Advisory Opinion)”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2010), para 10 (“所用措词清楚地提到《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，而不是第三十八条第一款(丑)项，因此指的是一般法律原则”)。参看 Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (上文脚注 199), para. 15.

院似乎“在各国的承认中找到了原则存在的依据，指出大会第 96(I) 号决议表示了这种承认，即联合国欲谴责和惩治灭绝种族行为，视之为‘国际法上的一种罪行’”。⁴⁰³

239. 在通过权案中，葡萄牙辩称，除了源自国家法律体系的一般法律原则外，其主张的通过权还基于“国际法律秩序固有的一般原则”。葡萄牙解释说，这些原则是“国际法律秩序固有的一般原则，因此在国内法律秩序中是寻找不到的”。⁴⁰⁴ 关于此种原则的例子，葡萄牙提到国家的生存权、尊重其他国家主权的义务和不允许一国领土被用于侵犯其他国家权利的行为的义务。⁴⁰⁵

240. 在西南非洲案中，埃塞俄比亚和利比里亚声称，种族隔离政策“与国际社会公认的政治和道德标准背道而驰，也违背了国际习惯所接受和文明国家普遍承认的一般法律原则所体现的准则”。⁴⁰⁶ 他们提到了各种材料，包括国家和国际判例、公约、联合国大会决议和安全理事会决议，以支持他们的诉讼请求意见，即“[‘国际习惯’将歧视和隔离定为非法……，而且‘文明国家公认的一般法律原则’广泛纳入了这一准则，由此可以确定种族隔离政策……违反了国际法”。⁴⁰⁷

241. 在同一案件中，田中法官认为，承认法律面前人人平等原则并不只是存在于本国法院，还可在国际层面予以实现：

承认这一原则不需要仅表现在上述立法行为方面，还可以包括会员国代表团在参与国际联盟、联合国和其他组织机构通过的反对种族歧视的决议、宣言等方面的态度，这……是习惯国际法产生过程中的一个重要因素。⁴⁰⁸

242. 在边界争端(布基纳法索/马里)案中，法院将占领地保有原则称为“一般原则，其与无论在何处发生的获得独立的现象有逻辑上的联系”。⁴⁰⁹ 法院还指出，“新的非洲国家尊重殖民国家确定的行政界限和边界，这一情形应被视为不只是有助于逐步形成习惯国际法原则的一种做法(这与此种做法以前对西班牙美洲的影响一样，对非洲大陆的影响有限)，还应被视为在非洲适用一项一般

⁴⁰³ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (上文脚注 186), p. 41。

⁴⁰⁴ 通过权案(上文脚注 217)，葡萄牙的答辩状，第 335 段。

⁴⁰⁵ 同上，第 336 段。同时，葡萄牙认为，由于印度总体上不否认存在这些原则，因此没有必要确定这些原则是属于《国际法院规约》第三十八条第一款(丑)项还是第三十八条第一款(寅)项的范畴(同上)。另见印度的初步反对意见，第 190-196 段；印度辩诉状，第 295-297 段；印度复辩状，第 570-577 段。

⁴⁰⁶ 西南非洲案(上文脚注 221)，埃塞俄比亚和利比里亚的答辩状，第 271 页。

⁴⁰⁷ 同上，第 519 页。

⁴⁰⁸ 西南非洲案(上文脚注 221)，田中法官的反对意见，第 300 页。

⁴⁰⁹ 《边界争端，判决书，1986 年国际法院案例汇编》，第 554 页，见第 565 页，第 20 段。

规则”。⁴¹⁰ 法院认为，非洲联盟组织第 16(1) 号决议(1964 年)“有意界定并强调了该组织《宪章》中仅隐含的依法保有原则”。⁴¹¹

243. 法院在后来的案件中适用了占领地保有原则，⁴¹² 但没有澄清其确切来源。一些国家似乎认为占领地保有原则是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。例如，在陆地、岛屿和海洋边界争端案中，萨尔瓦多认为，这项原则既是习惯国际法规则，也是一般法律原则。⁴¹³ 同样，斯洛文尼亚宪法法院认为，在美洲和非洲国家获得独立期间形成的占领地保有原则是“公认的国际法原则，因此，也对斯洛文尼亚具有约束力”。⁴¹⁴ 前南斯拉夫问题国际会议仲裁委员会，除其他外，提到《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则之宣言》，认为“占领地保有虽然最初适用于解决美洲和非洲的非殖民化问题，但今天被公认为是一般原则……”。⁴¹⁵ 最近，克罗地亚和斯洛文尼亚之间领土和海洋争端的仲裁庭把占领地保有称为是一项“既定国际法原则”。⁴¹⁶

244. 在“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”一案中，瑙鲁认为：

马顿斯条款似乎要求适用一般法律原则。该条款谈到了人道的法律和公众良心的要求。因此，文明国家承认的一般法律原则似乎体现了人道原则和公众良知。因此，禁止使用不人道的武器和触犯公众良知的武器。⁴¹⁷

瑙鲁在其论点中主张所援引的一般法律原则(人道原则和公众良心)是存在的，这并非因为大多数国家法律体系都有共同的原则，而是因为各国依据马顿斯条款承认这些原则。瑞典同样提到了“文明国家承认的一般、基本的法律原则”，包括“1972 年联合国人类环境会议宣言中表达的……原则”和各《海牙公约》中规定的原则。⁴¹⁸

⁴¹⁰ 同上，第 21 段。

⁴¹¹ 同上，见第 565-566 页，第 22 段。

⁴¹² 见《尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端(尼加拉瓜诉洪都拉斯)》，判决书，2007 年国际法院案例汇编》，第 659 页，见第 706 页，第 151 段；《边界争端(贝宁/尼日尔)》，判决书，2005 年国际法院案例汇编》，第 90 页，见第 108 页，第 23 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，1992 年国际法院案例汇编)》，第 350 页，见第 386-387 页，第 40-42 段。

⁴¹³ 陆地、岛屿和海上边界争端(见前一脚注)，萨尔瓦多诉状，第 3.4 段。

⁴¹⁴ 克罗地亚和斯洛文尼亚之间的仲裁(上文脚注 237)，第 260 段和脚注 396。

⁴¹⁵ Conference of Yugoslavia Arbitration Commission, Opinion No. 3 (11 January 1992), International Legal Materials, vol. 31 (1992), pp. 1494-1526, at p. 1500.

⁴¹⁶ 克罗地亚和斯洛文尼亚之间的仲裁(上文脚注 237)，第 256 段。

⁴¹⁷ 以核武器进行威胁或使用核武器的合法性(上文脚注 400)，瑙鲁对其他国家来文的答复，第 13 页。

⁴¹⁸ 同上，1995 年 6 月 20 日瑞典大使馆的普通照会及瑞典政府的书面陈述，第 4-5 页。

245. 在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭指出，由于缺乏统一性，在条约所定国际法和习惯国际法中找不到关于强奸定义明确答案，在对国家法律体系的比较分析中也找不到明确答案，审判分庭因此决定，分庭必须“确定是否可以通过诉诸国际刑法的一般原则来达成适当的解决办法，或者，如果此种原则于事无补，则诉诸国际法的一般原则来达成适当的解决办法”。⁴¹⁹ 在这方面，分庭指出：

尊重人的尊严的一般原则是国际人道主义法和人权法的基本基础，事实上也是其存在的理由；事实上，在现代，该原则如此重要，以至于渗透到整个国际法体系之中。这项原则旨在保护人类使其人格尊严免遭侵犯，无论这种侵犯是通过非法攻击身体还是通过侮辱和贬低一个人的荣誉、自尊或精神健康来实施的。与这一原则相一致的是，诸如强迫性口交等极其严重的性暴行应被归类为强奸。⁴²⁰

246. 在这一案件中，法庭似乎认为，各国承认尊重人的尊严的一般原则，是因为这一原则是国际人道主义法和人权法的“基本依据”或“存在理由”。

247. 在 *Kupreškić* 案中，前南斯拉夫问题国际法庭的另一审判分庭认为，由于审判分庭找不到任何“世界上所有主要法律体系共有的一般法律原则”，因此，分庭必须“努力寻求符合国际刑事司法基本特征和基本要求的一般法律原则”。⁴²¹

248. 在纽伦堡审判中，法庭诉诸某些刑法原则作出裁判。⁴²² 随后，大会在第 95(I) 号决议中确认了“纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则”。⁴²³

249. 此外，如上文第三部分所述，纽伦堡原则分别在《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》中被重申为“国际社会承认的一般法律原则”和“文明国家承认的一般法律原则”。⁴²⁴

250. 有些案例则援引了通过国际法体系和国家法律体系之间的互动形成的一般法律原则。例如，在欧共体-激素案中，欧洲联盟认为：

如果上诉机构没有确定[关于预防原则的]此种惯例已经牢固确立，则可以认为，无论如何，预防原则是国内法和国际法都承认的一项一般法律原则。一般法律原则表达的是国内法和国际法所述原则，不一定符合实践和法律

⁴¹⁹ 检察官诉 *Furundžija* 案(上文脚注 240)，第 182 段。

⁴²⁰ 同上，第 183 段。

⁴²¹ 检察官诉 *Kupreškić* 等人案(上文脚注 240)，第 738 段。

⁴²² 例如，在确定对国际罪行的起诉没有违反罪刑法定原则时，法庭援引了一般法律原则。特别是，法庭指出，“战争法不仅见于条约中，还见于逐渐获得普遍承认的国家习惯和实践中，也源自法学家适用和军事法庭践行的公正的一般原则中”。见 *International Military Tribunal (Nürnberg), Judgment of 1 October 1946, American Journal of International Law, vol. 41 (1947), pp. 172–333, at p. 219.*

⁴²³ 大会 1946 年 12 月 11 日第 95(I)号决议，序言部分。

⁴²⁴ 见上文第 121 段。

确信的检验标准，而是体现了人类生活和社会固有的共同价值观，现在已为所有国家和国际社会普遍接受。《欧共体条约》第 130(2) 条对此做了明示规定，并得到了国际社会的承认，例如著名的《里约宣言》以及许多国际公约和其他文书以及国家司法机构都予以承认。⁴²⁵

251. 此外，欧洲联盟在口头陈述中认为：

在任何情况下，预防原则都是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则。这些原则往往是国际法、国内法和理性、常识或道德考量之间互动而产生的。一系列国际和国家文书以及法院和专家机构的声明都证实了预防原则是一项一般法律原则。⁴²⁶

252. 另一方面，美国认为，预防原则是一种“办法”，而不是一项“原则”；⁴²⁷ 加拿大认为，“‘预防办法’或‘概念’是一项新出现的法律原则，将来可能会成为[《国际法院规约》]第三十八条第一款(寅)项意义上的‘一般法律原则为文明国家所承认者’之一”。⁴²⁸ 上诉机构没有就这些问题作出裁定。

253. 特别报告员认为，前几段所述实践支持这样一种立场，即《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则不仅包括源自国家法律体系的一般法律原则，还包括国际法体系内形成的一般法律原则。特别报告员将在今后的报告中进一步阐述对这类一般法律原则的承认可能采取的确切形式。

结论草案 3：一般法律原则的类别

“一般法律原则包括：

- (a) 源自国家法律体系的原则；
- (b) 国际法体系内形成的原则。”

三. 术语

254. 正如关于方法论的上一节所述，本专题的其中一个困难是识别供其研究的相关材料。这是因为在实践和文献中，诸如“原则”、“一般原则”、“一般法律原则”、“国际法的一般原则”和“国际法原则”等术语的使用往往不加区别，也未明确此种原则属于何种国际法渊源。这是特别报告员在编写本报告时不得不处理的一个术语问题，这个问题很可能给委员会关于本专题的工作带来挑战。

⁴²⁵ EC-Measures concerning meat and meat products (Hormones) (AB-1997-4), Appeal of the European Communities, 6 October 1997, para. 91.

⁴²⁶ 同上，Oral Submissions of the European Communities, 4 November 1997, para. 18.

⁴²⁷ WTO Appellate Body Report, EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 122.

⁴²⁸ 同上。

255. 有鉴于此，特别报告员认为，为清楚起见，应拟定委员会在开展关于一般法律原则的工作时所用术语。

256. 关于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则，为了紧跟该条款的措辞，“一般法律原则”一词是最恰当的。

257. 关于能纳入《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项范畴的一般法律原则类别，本报告通篇使用了“源自国家法律体系的一般法律原则”和“国际法体系内形成的一般法律原则”的术语。

258. 关于“文明国家(各国)”一词，特别报告员解释说，考虑到国家主权平等的基本原则、各国以及国际性法院和法庭对当今“文明国家(各国)”一词的态度以及文献中普遍认为该词不合适的意见，应当避免使用该词。因此，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的国际法渊源应理解为“各国承认的一般法律原则”。

第五部分：今后的工作方案

259. 特别报告员提议委员会本专题的工作方案如下。

260. 在将于 2020 年提交的第二次报告中，特别报告员将开始辩论一般法律原则的功能及其与国际法其他渊源的关系。

261. 第三次报告将于 2021 年提交，可能会专注于识别一般法律原则，包括论述关于承认的要求问题。该报告还可能探讨适用于区域或双边范围的一般法律原则的可能性。

附件

拟议结论草案

结论草案 1

范围

本结论草案涉及国际法渊源之一的一般法律原则。

结论草案 2

承认的要求

一般法律原则须为各国普遍承认才会存在。

结论草案 3

一般法律原则的类别

一般法律原则包括：

- (a) 源自国家法律体系的原则；
 - (b) 国际法体系内形成的原则。
-