



国际法委员会

第七十二届会议

2020年6月29日至8月7日，日内瓦

一般法律原则

秘书处的备忘录

目录

	页次
导言	3
一. 在国际联盟和联合国秘书处登记的条约(1920年1月1日至2019年7月31日)	6
A. 术语	6
B. 起源	17
C. 承认	19
D. 移置	19
E. 功能及与其他国际法渊源的关系	19
二. 国家间仲裁庭判例法	22
A. 适用法律渊源和术语	22
B. 起源	29
C. 承认	30
D. 移置	32
E. 功能及与其他国际法渊源的关系	33



三. 具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭的判例法.....	34
A. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭	34
B. 卢旺达问题国际刑事法庭	58
C. 国际刑事法院	65

导言

1. 国际法委员会 2017 年第六十九届会议决定将“一般法律原则”专题列入其长期工作方案。¹ 委员会在 2018 年第七十届会议上将该专题列入当前工作方案，并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为特别报告员。² 特别报告员在 2019 年第七十一届会议上提交了关于该专题的第一份报告。³ 在该届会议上，委员会还请秘书处“编写一份备忘录，概述与委员会今后关于这一专题的工作特别相关的国家间仲裁庭和具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭的判例法以及条约”。⁴ 本备忘录就是根据这一要求编写的。

2. 特别报告员在其第一次报告中概述了本专题的范围，包括：作为国际法渊源的一般法律原则的法律性质；一般法律原则的起源及相应类别；一般法律原则的确定；一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系⁵ 讨论一般法律原则的实质内容不在本专题的预定范围之内。⁶ 特别报告员确定审议一般法律原则的法律性质的起点是《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项，包括该条款中的三个要素，即“一般法律原则”一词、“承认”的要求和“文明各国”一词。⁷ 第 38 条第 1 款(c)项复制了《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款。⁸

3. 特别报告员认为，一般法律原则的确定与第 38 条第 1 款(c)项中短语“……为文明各国所承认者”的含义密切相关，但指出文明国家一词已不合时宜，诸如“得到各国承认”或“得到国际社会承认”等词更可取。⁹ 他还认为，识别涉及一般法律原则的起源，特别是这些原则被认为源自国家法律系统还是在国际法律系统内形成。¹⁰ 正如他指出的那样，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、条约条款以及大会的决议所述和有关宣言等所表达的承认之中。¹¹

4. 此外，特别报告员在其第一次报告中指出，已识别的一般法律原则的可能功能包括，其填补了条约所定国际法和习惯国际法的空白，从而避免了“无法可依”

¹ A/72/10，第 267 段。

² A/73/10，第 363 段。

³ A/CN.4/732。

⁴ A/74/10，第 207 和 286 段。

⁵ A/CN.4/732，第一部分，A 节。

⁶ 同上，第 41 段。

⁷ 同上，第 14-20 段。

⁸ 《国际联盟盟约第 14 条规定的与〈常设国际法院规约〉有关的签字议定书》(1920 年 12 月 16 日，日内瓦)，国际联盟，《条约汇编》，第 6 卷，第 170 号，第 379 页。

⁹ A/CN.4/732，第 21-23 和 184-186 段。

¹⁰ 同上，第 29-33 段。

¹¹ 同上，第 235 段。

的裁定，是解释其他国际法规则的手段，而且也是加强法律推理的工具。¹² 他提到了一个广为持有的观点，即一般法律原则是国际法的补充渊源，因为其有助于填补条约所定国际法和习惯国际法的空白；¹³ 其不仅是权利和义务的直接渊源，而且也是解释国际法其他规则的手段；¹⁴ 也是加强法律推理的工具。¹⁵ 他还提到了一般法律原则有时被认为会发挥的更抽象的作用，即为国际法体系提供信息依据或成为其基础，或者有助于加强其系统性。¹⁶

5. 正如特别报告员指出的那样，无论是在实践中还是在文献中，术语的使用都不是始终如一的。他提议委员会在提及《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则时使用“一般法律原则”一词。特别报告员强调，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。¹⁷ 他强调，术语缺乏清晰度将对委员会关于本专题的整个工作构成挑战，¹⁸ 事实上，这也是秘书处编写本备忘录时面临的挑战。秘书处为调查选择相关材料，并对这些材料进行评估和分类时，情况就是如此。

6. 为了识别与委员会今后关于本专题的工作特别相关的国家间仲裁庭和具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭的判例法以及条约，采用了三重方法：

(a) 对《国际联盟条约汇编》和《联合国条约汇编》中公布的条约进行了审查。¹⁹ 这种审查仅限于 1920 年 1 月 1 日至 2019 年 7 月 31 日期间在国际联盟常设秘书处登记的条约，以及在联合国秘书处登记或备案和进行记录的条约；

(b) 审查了自 1920 年 1 月 1 日以来作出的仲裁裁决，这些裁决分别公布于《国际仲裁裁决汇编》中；海牙法院案例汇编；常设仲裁院判例法；根据 1899 年和 1907 年《和平解决国际争端公约》的规定设立的仲裁庭以及为适用 1907 年公约第 47 条而设立的特别仲裁庭所作判决的分析；以及根据世界贸易组织(世贸组织)《关于争端解决规则与程序的谅解》第 21.3 条作出的仲裁裁决；²⁰

¹² 同上，第 24-28 段。

¹³ 同上，第 25 段。

¹⁴ 同上，第 26 段。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 同上，第 254 段。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 联合国《条约汇编》是联合国秘书处编制的出版物，载有根据《联合国宪章》第一百零二条在秘书处登记的所有条约和国际协定，或根据联合国大会 1946 年 12 月 14 日第 97(I)号决议通过、最近一次在 2018 年 12 月 20 日第 73/210 号决议中修正的《联合国宪章》第一百零二条实施条款存档和记录的所有条约和国际协定。国际联盟《条约汇编》是国际联盟秘书处根据《国际联盟盟约》第 18 条登记并公布的条约及嗣后条约行动汇编。

²⁰ 《马拉喀什设立世界贸易组织协定》，附件 2，联合国，《条约汇编》，第 1869 卷，第 31874 期，第 3 页，见第 401-420 页。

(c) 审查具有普遍性的国际性刑事法院和法庭的判例法。“普遍性”一词不应理解为与审议的司法机关组成文书的带有普遍性的成员结构有关，而应理解为其对成员普遍开放，而且因此有关司法机关有可能在全球一级行使属事管辖权。²¹在此基础上考虑了国际刑事法院。相比之下，区域性法院和法庭则没有被考虑。联合国和受影响国家之间通过谈判设立的混合刑事法院没有包括在内。鉴于前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭以及刑事法庭国际余留事项处理机制(“机制”)是根据安全理事会的决定设立的附属机构，而根据《联合国宪章》第二十五条，所有会员国都同意接受和执行这些决定，因此这些机制被包括在内。在此基础上，就本备忘录而言，这几个机构被视为“普遍性的”，无论其属时、属地或属人管辖权如何。

7. 使用特别报告员所用术语中最宽泛的“原则”一词在上述出版物和数据库中进行搜索，会产生多到无法理清的大量材料，秘书处无法在现有的时间和资源内对之进行审查。因此，调查的材料是使用特别报告员确定的其他短语在上述出版物和数据库中搜索而得到的材料，即：“一般原则”、“一般法律原则”、“法律原则”、“国际法一般原则”、“国际法原则”；以及秘书处认为有用的另外三个术语：“第 38 条”、“第 38 条第 3 款”和“第 38 条第 1 款(c)项”。由此确定了近 2 000 页可能相关的参考文献。因此，不可能对这份材料进行全面调查，但备忘录例举了所发现信息的类型。对这样确定的信息，是根据其是否与术语、一般法律原则的起源、对这些原则的承认、移用、功能或它们与其他国际法渊源的关系来进行结构安排的。在关于仲裁裁决和具有普遍性的国际刑事法院和法庭判例法的章节中，也审议了适用的法律渊源。

8. 本备忘录采用了一种宽泛的办法，即在提出经上述检索所得材料时，并没有对其中任何具体提及内容在多大程度上可能是(或可能不是)确实在提及《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项或《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款所指的一般法律原则持有任何观点，或基于这种可能程度而作任何排除。如上文第 5 段所述，术语使用不一致，而且使用中往往含糊不清，没有说明所涉“原则”属于的国际法渊源。例如，关于特别报告员确定的一般法律原则的两个起源，在“国际法一般原则”和“国际法原则”这两个术语中加入“国际”一词可能不能决定它们具有在国际法律体系中的起源。因此，备忘录中确定了相关的其他因素，例如有关原则是否产生于本质上具有国际性的背景(例如国家之间的外交和领事关系)之下，或者是否源自条约所定国际法或习惯国际法渊源。

9. 本备忘录首先调查了根据《国际联盟盟约》第十八条和《联合国宪章》第一百零二条登记的条约的相关材料，所涉期间直至 2019 年 7 月 31 日(第一节)。如果一项根据《联合国宪章》第一百零二条或《国际联盟盟约》第十八条提交且列入本备忘录的文书本未拥有条约或国际协定的地位，则登记不会赋予其这种地位，登记也不会赋予该文书缔约国其本不具有的地位。在本备忘录中列入一项未根据

²¹ 秘书处在其就“习惯国际法的识别”专题编写的题为“就确定习惯国际法而言国家法院的判决在普遍性国际法院和法庭的案例法方面发挥的作用”的备忘录(见 A/CN.4/691)中对“普遍性”进行定义时采取了同样的办法。

《盟约》第十八条或《宪章》第一百零二条登记的文书，并不意味着秘书处对该文书的性质、缔约国的地位或任何类似问题有所判断。

10. 备忘录随后调查了1920年1月1日起作出的国家间仲裁庭判例法(第二节)。备忘录没有系统地审查当事方包括国际组织或其他非国家实体的仲裁裁决，也没有系统地审查由个人和公司提起的调解程序和仲裁程序。尽管如此，但是由于许多此类程序的机密性，如果将调查严格限制于国家间仲裁裁决，就不会产生多少相关材料。因此，秘书处灵活地解释了这一要求，并酌情列入了不限于国家间仲裁裁决的其他相关材料。例子包括阿卜耶伊裁决，²² 以及一定数量与各国为个人索赔设立的索赔委员会有关材料。

11. 最后，备忘录概述了具有普遍性的国际刑事法院和法庭的判例法，其中包括前南斯拉夫问题国际刑事法庭判例法、卢旺达问题国际刑事法庭判例法和国际刑事法院判例法。对余留机制的判决则酌情与前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判决一并加以考虑(第三节)。所考虑的检索结果侧重于关于案情实质和量刑的审判和上诉判决，但与上述仲裁裁决一样，秘书处还在相关情况下列入了某些其他类型的裁判。

一. 在国际联盟和联合国秘书处登记的条约(1920年1月1日至2019年7月31日)

12. 为本备忘录的目的而概述的国际联盟《条约汇编》所公布条约中相关条款主要包含两类：一是设立仲裁委员会或仲裁庭的条约，以及一些将争端提交常设仲裁法院的条约；二是建立或规制国家间外交和领事关系的条约。前一类条约中的每一项都载有规定仲裁委员会、仲裁庭或常设仲裁法院适用法律的条款。后一类条约规定了缔约国之间规制其外交和领事关系的主要权利和义务。在国际联盟秘书处登记的条约中的其余相关条款载于各种条约，例如涉及海运或跨国运输问题、其他缔约方领土上国民的互惠待遇问题，以及没收财产问题的条约。在国际联盟秘书处登记的大多数条约的缔约方是欧洲国家，涉及非洲、亚洲、美洲或加勒比国家的例子较少。而在联合国秘书处登记的包含相关规定的条约的主题范围更广，包括友好关系、解决争端、商业和航行、经济关系、劳动关系中的社会保障、航空服务、投资、人权法、人道法、国际电信、国际组织、国际刑法、外交和领事法、水法、海洋法，以及国家继承。在联合国秘书处登记的这些条约缔约方的地域范围也要广泛得多。

A. 术语

13. 《国际法院规约》第38条是对1920年12月16日开放供签署的《常设国际法院规约》第38条的继承。《国际法院规约》第38条的提法与其前身的第38条

²² 《苏丹政府与苏丹人民解放运动/解放军之间的阿卜耶伊地区划界，2009年7月22日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第三十卷，第145-416页。

相同，只是增加了一些引导性的措辞以及段落和分段的编号有所不同。²³ 正如特别报告员强调的那样，《国际刑事法院规约》第 38 条并非开适用源自条约和习惯国际法以外渊源的原则和规则之先河。²⁴ 1920 年《规约》的谈判者当时是在编纂一套已存在的国际法，与之相关的国家实践(以条约形式)和判例法(国际仲裁庭)也已相当具备。²⁵ 而先已存在的相关实践和判例法使用了各种各样的术语来指代适用法律。²⁶ 从对之后的条约的概述可以看出，《常设国际法院规约》第 38 条在各国嗣后条约实践中，其“一般法律原则为文明各国所承认者”的提法仅得到部分遵守。

1. 对《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条进行引述的条款

14. 为本备忘录的目的调查的若干条约通过援引《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条，将一般法律原则作为供国际法院或仲裁庭适用的国际法渊源之一。例如 1931 年《保加利亚与挪威间调解和仲裁条约》就是一个例子：

如果特别协定没有规定仲裁员应遵循的有关争议的实体规则，仲裁庭应适用《常设国际法院规约》第 38 条所列实体规则。²⁷

15. 在其中一项这样的条约中，对第 38 条的援引表述如下：

如果特别协定没有规定或没有达成特别协定，仲裁庭或常设国际法院应适用特别是在《常设国际法院规约》第 38 条中规定的法律原则。²⁸

²³ 《常设国际法院规约》第 38 条在前导语中指出，“法院应适用：……”，而《国际法院规约》第 38 条相应的一款规定，“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：……”。

²⁴ A/CN.4/732，第 77 段。

²⁵ 同上，第 77-89 段。另见 B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (London, Stevens and Sons Limited, 1953), p. 19, 其中引用 Descamps、Fernandes、Loder、Hagerup 和 Phillimore 的发言(Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th–July 24th 1920 with Annexes* (The Hague, Van Langenhuysen Brothers, 1920))。

²⁶ 例如，“正义”、“公平”、“万国法”、“正义原则”、“条约规定”、“正义和公平的一般原则”，或者应根据“法院认为应当是国际法规则的规则”来裁判案件。见 A/CN.4/732，第 77-89 段；有关讨论见 Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (见上文脚注 25), pp. 6-7；和 H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)* (London, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927), pp. 60-62。

²⁷ 《保加利亚和挪威调解、仲裁和司法解决条约》(1931 年 11 月 26 日，索非亚)，国际联盟，《条约汇编》，第 134 卷，第 3081 号，第 27 页，见第 31 页，第 5 条。其他例子见《总议定书》(和平解决国际争端)(1928 年 9 月 26 日，日内瓦)，同上，第 93 卷，第 2123 号，第 343 页，见第 353 页，第 18 条；《希腊共和国和捷克斯洛伐克共和国友好、调解、仲裁和司法解决条约》(1929 年 6 月 8 日，布拉格)，同上，第 108 卷，第 2512 号，第 255 页，见第 269 页，第 33 条；《意大利和挪威调解、司法解决和仲裁公约》(1929 年 6 月 17 日，奥斯陆)，同上，第 105 卷，第 2410 号，第 161 页，见第 171 页，第 20 条；《和平解决国际争端总议定书》(订正本)(1949 年 4 月 28 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 71 卷，第 912 号，第 101 页，见第 116 页，第 28 条。

²⁸ 《卢森堡和挪威调解、仲裁和司法解决条约》(1932 年 2 月 12 日，日内瓦)，国际联盟，《条约汇编》，第 142 卷，第 3277 号，第 29 页，见第 37 页，第 18 条。

因此，本条约使用的“法律原则”一词显然指的是第 38 条规定的各种国际法渊源，“特别是”一词可能暗示，缔约方设想也有可能出现第 38 条所规定之外的“法律原则”。

16. 同样，在联合国成立后，大量条约继续规定，如果设立仲裁庭，在没有相反协定的情况下，应适用《国际法院规约》第 38 条规定的国际法渊源。例如，大会 1949 年通过的《和平解决国际争端总议定书(订正本)》规定：“如果特别协定……没有规定，则法庭应适用《国际法院规约》第 38 条所列举的实体规则”。²⁹ 《联合国海洋法公约》第七十四条第 1 款和第八十三条第 1 款分别涉及海岸相向或相邻国家的专属经济区和大陆架划界，二者是在设立仲裁庭的情况之外的情况下将《国际法院规约》第 38 条纳入条款的例子。³⁰

2. 明确列出《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条下的国际法渊源的条款

17. 在为本备忘录目的而调查的条约中，有一些明确列出了《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条所载的国际法渊源，作为国际性法院或仲裁庭可适用的法律，但其中五项在国际联盟时代缔结的条约在相关条款中做了如下修改：

仲裁庭的裁决应以下列各项为依据：

- (1) 当事方间有效公约，不论一般还是特别公约，以及由此产生的法律原则；
- (2) 国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者；
- (3) 一般法律原则为文明各国所承认者；
- (4) 在公认的学理和法律实践中确立的先例，作为建立法律规则的辅助因素。

如果当事双方同意，仲裁庭可根据公平考虑而非基于法律原则作出裁决。”³¹

18. 可见，这些条约将一般法律原则列为仲裁庭可适用的法律渊源之一，而其中规定这些渊源的条款与《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款所载内容相同。不过，与第 38 条第 1 款的条文不同的是，在上文引述的条款第一项中增加了“以及由此产生的法律原则”这一短语，即授权有关仲裁庭适用当事方之间有效的条

²⁹ 《和平解决国际争端总议定书》(订正本)，第 18 条。

³⁰ 《联合国海洋法公约》(1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页，见第 427 和 431 页。

³¹ 本例来自《德国与荷兰仲裁和调解公约》(1926 年 5 月 20 日，海牙)，国际联盟，《条约汇编》，第 66 卷，第 1527 号，第 103 页，见第 121 页，第 4 条。含类似条款的其他条约，见《波兰与捷克斯洛伐克调解和仲裁条约》(1925 年 4 月 23 日，华沙)，同上，第 48 卷，第 1171 号，第 383 页，见 393 页，第 19 条；《德国与瑞典仲裁和调解公约》(1924 年 8 月 29 日，柏林)，同上，第 42 卷，第 1036 号，第 111 页，见第 127 页，第 5 条；《德国与爱沙尼亚仲裁和调解公约》(1925 年 8 月 10 日，柏林)，同上，第 63 卷，第 1484 号，第 111 页，见第 126 页，第 5 条；《德国与卢森堡仲裁和调解条约》(1929 年 9 月 11 日，日内瓦)，同上，第 118 卷，第 2715 号，第 97 页，见第 106 页，第五条。

约所产生的“法律原则”。因此，这类法律原则与第三项下的一般法律原则分开列出。上述条款的最后一句使仲裁庭能够在当事方同意的情况下“根据公平考虑”而非基于“法律原则”作出裁决。可见，这些条约将公平考虑与包括一般法律原则在内的国际法的渊源区分开来。³²

19. 在为本备忘录目的而调查的在联合国秘书处登记的条约中，有一些提及了《国际法院规约》第38条第1款(c)项的全文，例如1965年大不列颠及北爱尔兰联合王国和瑞士之间的一项仲裁协定、³³ 1973年美利坚合众国和波兰之间的一项渔业协定³⁴ 以及1950年《保护人权与基本自由公约》。³⁵ 有两项在联合国秘书处登记的设立仲裁庭的条约在关于适用法律的条款中明确列出了《国际法院规约》第38条第1款(c)项的内容，但在提及一般法律原则时省略了“文明”一词，因此条款相关部分的措辞是“一般法律原则为各国所承认者”。³⁶

3. 提及“一般法律原则”的条款

20. 在为本备忘录目的而调查的在国际联盟秘书处登记的条约中，有一些提到了“一般法律原则”，但没有注明援引《常设国际法院规约》第38条，或明示纳入该《规约》第38条的内容。其中许多条款还提到了“公平”一词。例如，1923年匈牙利和捷克斯洛伐克之间关于捷克列车途径匈牙利通行问题的双边条约规定：“本法院应以下列各项为依据作出有关裁判：本公约的规定；以及一般法律原则和公平原则。”³⁷ 1921年德国、波兰与但泽自由市之间的一项条约使用了不同表述：“仲裁庭应根据本公约的规定、一般法律原则和公平原则裁决一切争端。”³⁸

21. 在联合国秘书处登记的一些条约中使用了“一般法律原则”一词，例如1949年《关于战时保护平民之日内瓦公约》规定：“法庭应仅适用在该罪行发生前已经

³² 条约条款中含此类最后条款的另一个例子，见《德国与瑞典仲裁和调解公约》，第5条。

³³ 《大不列颠及北爱尔兰联合王国与瑞士联邦调解、司法解决和仲裁条约》(1965年7月7日，伦敦)，联合国《条约汇编》，第605卷，第8765号，第205页，见第222页，第26条。

³⁴ 《美利坚合众国与波兰人民共和国关于中大西洋西部渔业的协定》(1973年6月2日，华沙)，同上，第916卷，第13076号，第185页，见第193-194页，附件一，第七节。

³⁵ 《保护人权和基本自由公约》(1950年11月4日，罗马)，同上，第213卷，第2889号，第221页，见第230页，第7条。

³⁶ 《美利坚合众国与波兰人民共和国关于中大西洋西部渔业的协定》，附件一，第七节；《美利坚合众国与波兰人民共和国关于美国沿海渔业的协定》(1985年8月1日，华盛顿)，联合国，《条约汇编》，第2243卷，第39921号，第41页，附件三，第六节。

³⁷ 见《匈牙利和捷克斯洛伐克关于管制捷克斯洛伐克列车在 Čata-Lučenec 铁路匈牙利段运行的公约》(1923年3月8日，布达佩斯)，国际联盟，《条约汇编》，第48卷，第1167号，第257页，见267页，第15条。使用了非常类似的表述的另一条约是《奥地利共和国和匈牙利王国关于两国之间铁路交通和连接条件的条约》(1930年6月30日，布达佩斯)，同上，第122卷，第2799号，第69页，见第97页，第20条。

³⁸ 《德国、波兰和但泽自由市关于东普鲁士与德国其他地区之间过境自由的公约》(1921年4月21日，巴黎)，同上，第12卷，第308号，第61页，见第69页，第11条。

实施并符合一般法律原则，尤其罚罪相当之原则之法律规定”。³⁹ 这些条约中有一些在“一般法律原则”之前加上了定冠词，但没有详细说明这样有所特指的“一般法律原则”包含哪些具体原则。例如，《联合国和瑞士联邦关于阿丽亚娜公园的协定》规定，该协定“应根据那些一般法律原则进行解释”。⁴⁰ 1972年美国和墨西哥之间的一项条约规定，该条约所载条款“不构成任何影响两国[根据1944年水条约]和那些一般法律原则而享有的权利的先例、承认或接受”。⁴¹

22. 2001年前南斯拉夫国家之间《继承问题协定》也提到一般法律原则，内容如下：“继承国应采取一般法律原则可能要求的行动和其他适当行动，以确保有效落实本附件所列原则，例如缔结双边协定并通知各自法院和其他主管当局”。⁴²

23. 所调查的条约中有提及国内法一般原则的例子。例如，1934年修订的国际劳工组织《工人职业病补偿公约》中提到了成员国关于工业事故补偿的“国内法一般原则”。⁴³ 1999年瑞典和乌克兰之间关于打击犯罪措施的条约中提到了两国国内的一般法律原则——每一缔约方都有权拒绝对方的请求，如果该请求“与本国一般法律原则或其他基本利益相冲突”。⁴⁴

4. 提及“法律原则”的条款

24. 为本备忘录目的而调查的在国际联盟秘书处登记的大量条约都提到了“法律原则”。⁴⁵ 其中许多条约设立了仲裁庭或规定将争端提交常设仲裁法院或常设国际

³⁹ 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949年8月12日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第75卷，第973号，第287页，见第330页，第67条。其他例子见《关于为全球商业通信卫星系统作临时安排的协定和特别协定(及附件)》(1964年8月20日，华盛顿)，同上，第514卷，第7441号，第25页，见第62页，第14条；《联合国开发计划署和博茨瓦纳之间关于联合国开发计划署向博茨瓦纳提供援助的协定》(1975年5月14日，哈博罗内)，同上，第968卷，第14004号，第117页，见第125页，第十一条，第3款；《德意志联邦共和国、奥地利共和国和瑞士联邦关于从康斯坦茨湖取水的协定(及最后议定书)》(1966年4月30日，伯尔尼)，同上，第620卷，第8956号，第191页，见第204页，第11条。

⁴⁰ 《联合国和瑞士联邦关于阿丽亚娜公园的协定》(1946年6月11日，伯尔尼和1946年7月1日，纽约)，同上，第1卷，第7号，第153页，见第158页，第12条。

⁴¹ 《美利坚合众国与墨西哥之间由国际边界和水委员会第241号会议记录启动生效的协定》(1972年7月14日，埃尔帕索)，同上，第898卷，第12822号，第151页，见第154页。

⁴² 《继承问题协定(及附件)》(2001年6月29日，维也纳)，同上，第2262卷，第40296号，第251页，见294页，附件G，第4条。

⁴³ 国际劳工组织：《1934年工人职业病赔偿公约》(修订本)，同上，第40卷，第624号，第19页，见第20页，第1条。另见比利时和法国：《社会保障总公约》；《关于边境和季节性工人社会保障制度的补充协定》；《关于在矿山和视同矿山的设施中就业人员的社会保障制度的补充协定》；《雇员老年津贴和临时老年津贴议定书》；《失业津贴议定书》(1948年1月17日，布鲁塞尔)，同上，第36卷，第570号，第233页。

⁴⁴ 《瑞典王国和乌克兰关于合作打击犯罪的协定》(1999年3月23日，斯德哥尔摩)，同上，第2313卷，第41312号，第295页，见第297页。

⁴⁵ 例如见《美洲仲裁总条约和渐进仲裁议定书》(1929年1月5日，华盛顿)，国际联盟，《条约汇编》，第130卷，第2988号，第135页，见第142页，第1条；《多米尼加共和国与海地共和国和平、友好和仲裁条约》(1929年2月20日，圣多明各)，同上，第105卷，第2414号，第215页，见第224页，第3条。

法院，这些条约中关于适用法律的条款包含“法律原则或公平原则”这一表述。⁴⁶ 例如，1928年美国与芬兰之间的一项仲裁条约包含以下规定：

所有与国际事务有关的分歧……如可通过适用法律原则或公平原则作出裁决因而具有可予审理的性质，则应提交设在海牙的常设仲裁法院……。⁴⁷

在其他此类条约中，缔约方使用的术语是“法律原则和公平原则”，⁴⁸ 其中有一项条约使用了“法律原则和公正原则”一语。⁴⁹

25. 在国际联盟秘书处登记的载有“法律原则”一词的若干条约涉及缔约方之间有效条约所产生的法律原则，并规定，这些法律原则构成了条约所设仲裁庭可适用的法律的一部分。⁵⁰ 在另外三项此类条约中，列入了大意如下的条款：

如果在某一特定案件中，上述法律依据不充分，仲裁庭应根据其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法理为指导。⁵¹

⁴⁶ 《美利坚合众国与葡萄牙仲裁条约》(1929年3月1日，华盛顿)，同上，第99卷，第2282号，第375页，见第377页，第一条；《美利坚合众国与波兰共和国仲裁条约》(1928年8月16日，华盛顿)，同上，第99卷，第2286号，第409页，见第411页，第一条；《美利坚合众国与匈牙利仲裁条约》(1929年1月26日，华盛顿)，同上，第96卷，第2200号，第173页，见第175页，第一条；《阿尔巴尼亚与美利坚合众国仲裁条约》(1928年10月22日，华盛顿)，同上，第92卷，第2089号，第218页，见第219页，第一条；《美利坚合众国与瑞典仲裁条约》(1928年10月27日，华盛顿)，同上，第91卷，第2063号，第225页，见第227页，第一条；《美利坚合众国与挪威仲裁条约》(1929年2月20日，华盛顿)，同上，第91卷，第2079号，第413页，见第415页，第一条；《美利坚合众国与捷克斯洛伐克仲裁条约》(1928年8月16日，华盛顿)，同上，第89卷，第2018号，第225页，见第227页，第一条；《美利坚合众国与奥地利仲裁条约》(1928年8月16日，华盛顿)，同上，第88卷，第1988号，第95页，见第97页，第一条；《美利坚合众国与丹麦仲裁条约》(1928年6月14日，华盛顿)，同上，第88卷，第1995号，第173页，见第175页，第一条；《美利坚合众国与芬兰仲裁条约》(1928年6月7日，华盛顿)，同上，第87卷，第1958号，第9页，见第10页，第一条；《美利坚合众国与中国仲裁条约》(1930年6月27日，华盛顿)，同上，第140卷，第3236号，第183页，见第184页，第一条。

⁴⁷ 《美利坚合众国与芬兰仲裁条约》，第1条。

⁴⁸ 《丹麦与海地仲裁和调解条约》(1928年4月5日，华盛顿签署)，国际联盟，《条约汇编》，第99卷，第2264号，第19页，第23页，第4条；《美利坚合众国与埃及关于乔治·塞勒姆索赔的仲裁协定》(1931年1月20日，开罗)，同上，第142卷，第15B号，第309页，见第313页，第3条；《美利坚合众国与挪威关于克里斯蒂安尼亚船主对美国政府的集体索赔案的仲裁公约》(1921年6月30日，华盛顿)，同上，第14卷，第365号，第19页，见第23页，第1条；《丹麦与冰岛关于解决争端所应遵循的程序的公约》(1930年6月27日，廷瓦拉)，同上，第118卷，第2717号，第121页，见第129页，第2条。

⁴⁹ 《爱沙尼亚民主共和国与乌克兰苏维埃社会主义共和国关于未来关系的条约》(1921年11月25日，莫斯科)，同上，第11卷，第294号，第121页，见第134页，序言。

⁵⁰ 见上文脚注31提及的条约。

⁵¹ 见《德国与爱沙尼亚仲裁和调解公约》第5条；《德国与瑞典仲裁和调解公约》，第5条；《德国与卢森堡仲裁和调解条约》，第五条。英文条款并不是德语原文的理想译文。德文原文为：“Soweit im einzelnen Falle die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regel des internationalen Rechtes sein sollten. Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung”，可以更准确地译为：“如果在某一特定案件中，上述法律依据存在空白，仲裁庭应根据其认为应构成国际法规则的法律原则作出裁决。因此，它应遵循既定学理和判例法。”

26. 因此，这类条款使有关仲裁庭能够在《常设国际法院规约》第 38 条所载国际法渊源、包括一般法律原则“不充分”的情况下，为条约目的而依赖于“法律原则”。该条款值得注意的是它赋予了仲裁庭作出主观判断的权力：“其认为国际法应遵循的法律原则”（原文无着重标示）。⁵²

27. 在涉及实质性权利或义务的情况下（即不是在关于国际性法院或法庭适用法律的条款中）使用了“法律原则”一词的条约条款的例子包括，美国和墨西哥之间的如下条约案文：“公认的法律原则和公平原则要求对被征用的财产立即支付公正的补偿”。⁵³ 其他涉及基本权利和义务的提到“法律原则”的例子见哥伦比亚和秘鲁之间的一项条约，涉及“维护人的尊严、劳动及其居民的自由和福祉的法律原则”，⁵⁴ 以及一项多边条约，涉及“国籍方面一般承认的法律原则”。⁵⁵

28. 在国际联盟秘书处登记的三项条约提到了“公正原则”。在其中两项条约中，双方同意按照“公正和公平的原则”解决争端。⁵⁶ 不过，这些条约明确指出，条约所设索偿委员会将在惠给的基础上对各项索偿加以确定，而不是根据国际法的一般原则确定墨西哥应承担的责任。⁵⁷ 在 1923 年的一项多边条约中，美洲各国表达了“……在相互对等的关系中逐步加强公正原则和相互尊重原则”的愿望。⁵⁸

29. 在联合国秘书处登记的大量条约使用了“法律原则”一词。其中许多条约涉及国家间争端的解决，并为此设立了仲裁庭。例如，1962 年捷克斯洛伐克与奥地利之间的一项条约规定，“仲裁庭应根据本协定并通过适用习惯国际法和公认的法律原则作出裁决”。⁵⁹ 还有一些条约不含关于仲裁庭适用法律的条款，例如 1949 年荷兰与印度尼西亚关于主权移交的条约，其中双方同意在行使基本人权和自由

⁵² 在 1920 年起草《常设国际法院规约》第 38 条时，法学家咨询委员会收到的提案中就包含此类表述，特别是丹麦、荷兰、挪威、瑞典和瑞士的提案，但该委员会成员不赞成这样做，他们希望避免常设国际法院法官发挥“立法”作用。有关论述见 Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 25)，第 10-11 页，特别是脚注 43。

⁵³ 《美利坚合众国政府与墨西哥政府构成关于对美国公民在墨西哥被征用土地补偿的协定的换文》(1938 年 11 月 9 日，华盛顿和 1938 年 11 月 12 日，墨西哥城)，国际联盟，《条约汇编》，第 201 卷，第 4714 号，第 201 页，见第 204 页。

⁵⁴ 《哥伦比亚共和国与秘鲁共和国友好合作议定书》(1934 年 5 月 24 日，里约热内卢)，同上，第 164 卷，第 3786 号，第 21 页，见第 43 页，第 17 条。

⁵⁵ 《关于国籍法冲突的若干问题的公约》(1930 年 4 月 12 日，海牙)，同上，第 179 卷，第 4137 号，第 89 页，见第 99 页，第 1 条。

⁵⁶ 《英王陛下与墨西哥合众国总统之间解决联合王国因 1910 年 11 月 20 日至 1920 年 5 月 31 日墨西哥革命行为所遭受损失或损害的金钱索赔公约》(1926 年 11 月 19 日，墨西哥)，同上，第 85 卷，第 1922 号，第 51 页，见第 54 页，第 2 条；《英王陛下与墨西哥合众国总统之间补充 1926 年 11 月 19 日〈公约〉的关于英国因革命行为在墨西哥的金钱索赔的公约》(1930 年 12 月 5 日，墨西哥城)，同上，第 119 卷，第 2749 号，第 261 页，见第 264 页，第 2 条。

⁵⁷ 见两公约第 2 条。

⁵⁸ 《美洲国家间避免或防止冲突条约》(1923 年 5 月 3 日，智利圣地亚哥)，同上，第 33 卷，第 831 号，第 25 页，见第 36 页。

⁵⁹ 《捷克斯洛伐克社会主义共和国与奥地利共和国关于边境铁路交通管制的协定》(1962 年 9 月 22 日，布拉格)，联合国，《条约汇编》，第 495 卷，第 7244 号，第 157 页，见第 206 页，第 24 条。

方面“遵守国际条约和国际承认的法律原则”；⁶⁰ 《非洲人权和民族权宪章》第61条规定：

委员会还应考虑载有非洲统一组织成员国明确承认的规则的其他一般或特别国际公约、符合人权和民族权方面国际规范的非洲做法、被普遍接受为法律的习惯、非洲国家承认的一般法律原则以及法律先例和学理，作为确定法律原则的辅助措施。⁶¹

1947年《关税及贸易总协定》在其《临时实施议定书》中提到了“既定法律原则”。⁶²

5. 提及“国际法一般原则”的条款

30. 在国际联盟秘书处登记的多项条约中，载有提及“国际法一般原则”的条款。其中若干条约涉及国家间的外交和领事关系。例如，在1923年的一项多边和平条约中，各方同意：“在各自领土上，外交和领事代表将在不妨碍今后可能缔结的协议的情况下，按照国际法一般原则获得待遇”。⁶³

31. 在规管外交和领事关系的条约中使用的类似措辞包括，“公认的国际法原则”、⁶⁴ “国际公法一般原则”⁶⁵ 和“普通国际法一般原则”。⁶⁶ 这些不同措辞是在本质上具有国际性的背景下，即在外交和领事关系的背景下使用的。在考虑有关原则的起源时或具有相关性。

32. 在似本质上具有国际性的背景下提及“国际法一般原则”的其他条约条款包括：1926年德国与阿富汗的一项条约中关于使领馆对等待遇的条文，其中规定，

⁶⁰ 《荷兰王国与印度尼西亚共和国圆桌会议协定》(1949年11月2日，海牙)，同上，第69卷，第894号，第3页，第222页，《联邦规约草案》，附录，第19段。

⁶¹ 《非洲人权和民族权宪章》(1981年6月27日，内罗毕)，同上，第1520卷，第26363号，第217页，见第257页。

⁶² 《关税及贸易总协定》(1947年10月30日，日内瓦)，同上，第55卷，第814号，第187页，见第224页，第十条。

⁶³ 《和平条约》(1923年7月24日，洛桑)，国际联盟，《条约汇编》，第701号，第28卷，第11页，见第15页，第1条。关于外交或领事关系的其他条款，见《德意志帝国与土耳其共和国领事条约》(1929年5月28日，安卡拉)，同上，第3069号，第133卷，第257页，第285页，序言；《意大利王国与土耳其共和国领事公约》(1929年9月9日，罗马)，同上，第129卷，第2962号，第195页，见第205页，第16条；《波斯帝国与捷克斯洛伐克共和国友好条约》(1930年10月29日，德黑兰)，同上，第121卷，第2783号，第53页，见第55页，第二条。

⁶⁴ 《德意志帝国与希贾兹、尼德及属地王国友好条约》(1929年4月26日，开罗)，同上，第115卷，第2690号，第265页，见第269页，第2条。

⁶⁵ 《拉脱维亚与土耳其友好条约》(1925年1月3日，华沙)，同上，第59卷，第1390号，第81页，见第83页，第2条；《匈牙利与土耳其友好条约》(1923年12月18日，君士坦丁堡)，同上，第43卷，第1062号，第271页，见第273页，第2条；《瑞典与土耳其友好条约》(1924年5月31日，安卡拉)，同上，第38卷，第972号，第147页，见第149页，第2条；《中华民国与土耳其共和国友好条约》(1934年4月4日，安卡拉)，同上，第153卷，第3515号，第161页，见第163页，第2条。

⁶⁶ 《立陶宛共和国与波斯帝国友好条约》(1930年1月13日，莫斯科)，同上，第131卷，第3013号，第221页，见第223页，第2条。

“[双方的使领馆]应对等、平等地享有国际法一般原则赋予的外交特权”；⁶⁷ 1923 年匈牙利与捷克斯洛伐克的一项双边条约，其中在关于捷克斯洛伐克没收国家财产的条文中提到“公认的国际法原则”；⁶⁸ 1927 年德国与土耳其的一项条约，其中规定：“对于缔约一方在另一方领土上的国民，应依照国际法一般原则接受和对待其人身和财产。”⁶⁹ 更多例子包括：1926 年墨西哥与联合王国的一项条约，其中规定，“墨西哥希望在惠给的基础上对受害方进行充分补偿，而非根据国际法一般原则被确定负有责任”；⁷⁰ 1938 年确立了各国共同的中立规则的一项多边条约，其中规定，“国王可以……，在遵守国际法一般原则的同时，禁入丹麦港口”。⁷¹

33. 在联合国秘书处登记的许多条约提及“国际法一般原则”、⁷² “公认的国际法原则”⁷³ 或“国际公法一般原则”。⁷⁴ 它们主要出现在涉及解决争端的条约以及规范当事各方外交和领事关系条约的适用法律条款中。例如，1949 年泰国与菲律宾的一项友好条约中提及，“根据公认的国际法原则和惯例给予官员……的权利、特权、免除和豁免权”。⁷⁵ 不涉及解决争端或外交和领事关系的一个例子

⁶⁷ 《德意志帝国与阿富汗王国友好条约》(1926 年 3 月 3 日，柏林)，同上，第 62 卷，第 1460 号，第 115 页，见第 124 页，第 2 条。

⁶⁸ 《匈牙利与捷克斯洛伐克关于根据捷克斯洛伐克共和国法令补充登记投资(索赔)的议定书》(1923 年 7 月 13 日，布拉格)，同上，第 36 卷，第 902 号，第 41 页，见第 43 页，第 4 段。

⁶⁹ 《德意志帝国与土耳其共和国居住经商条件公约》(1927 年 1 月 12 日，安卡拉)，同上，第 73 卷，第 1713 号，第 187 页，见第 198 页，第 2 条。类似的还有《埃及与土耳其确立关系条约》(1937 年 4 月 7 日，安卡拉)，同上，第 191 卷，第 4438 号，第 95 页，见第 101 页，第 9 条。

⁷⁰ 《大不列颠国王陛下与墨西哥合众国总统关于解决英国向墨西哥索赔 1910 年 11 月 20 日至 1920 年 5 月 31 日期间革命行为所致损失或损害的公约》，第 2 条。

⁷¹ 《丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典关于确立类似中立规则的宣言》(1938 年 5 月 27 日，斯德哥尔摩)，国际联盟，《条约汇编》，第 4365 号，第 188 卷，第 293 页，见第 2 条，第 4 款。

⁷² 例如，《土耳其共和国与克罗地亚共和国关于社会保障的协定》(2006 年 6 月 12 日，萨格勒布)，联合国，《条约汇编》，第 2902 卷，第 50582 号，第 223 页，其中规定(第 267 页，第 36 条，第 3 款)：“仲裁庭应依据缔约双方现有协议和国际法一般原则，以多数票作出裁决。”

⁷³ 见《联合王国和缅甸就承认缅甸独立及相关事项条约的换文》(1947 年 10 月 17 日，伦敦)，同上，第 70 卷，第 904 号，第 183 页，见第 198 页(“3. 最后，我建议，如果出现任何一国政府认为不属于本函上述各段适当范畴的问题，应由我们两国政府代表讨论，并根据公认的国际法原则和现代国际实践作出决定”)；《构成巴西和委内瑞拉之间通过航空邮件交换公文的行政协定的换文》(1919 年 6 月 3 日协定的补充)(1946 年 1 月 30 日，加拉加斯)，同上，第 65 卷，第 839 号，第 107 页，见第 112-113 页(“(e) 此类邮袋应符合上述 1919 年 6 月 3 日协定中所规定的安全和不可侵犯性的条件，并享有一般公认的国际法原则给予公函的所有其他特权”)。

⁷⁴ 《美利坚合众国、法国、德意志联邦共和国、大不列颠及北爱尔兰联合王国关于深海海床多金属结核临时安排的协定》(附表和附录)(1982 年 9 月 2 日，华盛顿)，同上，第 1871 卷，第 31958 号，第 275 页，见第 284 页，附录 1(“7. 对于附录 2 和本协定其他相关条文未涉及的任何事项，仲裁员应按照附录 2 的规定，遵循当事各方承认的一般法律原则。如果案件由当事一方或多方提出，则指的是该当事一方或多方承认的国际公法(现行法)一般原则”)。

⁷⁵ 《泰国与菲律宾共和国友好条约》(1949 年 6 月 14 日，华盛顿)，同上，第 81 卷，第 1062 号，第 53 页，见第 56 页，第四条。

是，1998年委内瑞拉玻利瓦尔共和国与哥伦比亚警察合作条约，该条约建基于“国际法一般原则和对各国平等主权的尊重”。⁷⁶

6. 提及“国际法原则”的条款

34. 在对《国际联盟条约汇编》进行搜索时，发现提到“国际法原则”及其变体的条款最多。这些条款大多载于涉及外交和领事关系的条约中。其中一例是1928年《阿富汗王国与拉脱维亚共和国友好条约》。该条约规定：

缔约方……双方均有权向对方派遣经正式认可的外交代表。代表应在对等条件下，在其派驻国享有国际法原则给予类似外国代表的权利、特权、豁免权和免除。⁷⁷

35. 在外交和领事关系背景下使用的这一措辞的变体包括：“按照国际公法原则和国际惯例”；⁷⁸“普通国际法的原则和实践”；⁷⁹“通行国际法的原则和实践”；⁸⁰“国际法的既定原则和实践”。⁸¹ 在国际联盟秘书处登记的一些条约在关于各国在其领土上尊重彼此国民的财产和人身的条文中，也使用了“国际法原则”这一措辞，例如：“应尊重独立政府之间现行有效的国际法原则”。⁸²

36. 在为本备忘录的目而调查的在国际联盟秘书处登记的条约中，有若干条约在关于将争端提交国际性法院和法庭问题以及关于适用法律的条文中，提到了“国

⁷⁶ 《委内瑞拉共和国与哥伦比亚共和国警察合作协定》(1998年4月28日，圣菲波哥大)，同上，第2409卷，第43479号，第263页，序言。

⁷⁷ 《阿富汗王国与拉脱维亚共和国友好条约》(1928年2月16日，里加)，国际联盟，《条约汇编》，第78卷，第1781号，第99页，见第105页，第2条。其他例子包括，《阿富汗与芬兰友好条约》(1928年7月17日，赫尔辛基)，同上，第112卷，第2601号，第9页，见第14页，第2条；《爱沙尼亚与土耳其友好条约》(1924年12月1日，华沙)，同上，第70卷，第1624号，第77页，见第79页，第2条；《波兰共和国与阿富汗王国友好条约》(1927年11月3日，安卡拉)，同上，第74卷，第1734号，第83页，第90页，第二条；《拉脱维亚与土耳其友好条约》，第2条。

⁷⁸ 《日本与塞尔维亚人、克罗地亚人和斯洛文尼亚人王国通商航行条约》(1923年11月16日，维也纳)，国际联盟，《条约汇编》，第42卷，第1035号，第99页，见第103页，第四条。

⁷⁹ 《日本与波斯关于两国关系临时解决办法的换文》(1929年3月30日，德黑兰)，同上，第107卷，第2499号，第427页，见第429页，序言。其他条约有，《意大利王国与波斯帝国友好条约》(1929年9月5日，德黑兰)，同上，第141卷，第3264号，第185页，见第187页，第2条；《波斯帝国与瑞士联邦友好条约》(1934年4月25日，伯尔尼)，同上，第159卷，第3666号，第235页，见第237页，第2条。

⁸⁰ 《瑞典王国与波斯帝国友好条约》(1929年5月27日，德黑兰)，同上，第105卷，第2420号，第279页，见第281页，第二条。

⁸¹ 《芬兰共和国与墨西哥合众国友好条约》(1936年10月2日，华盛顿)，同上，第179卷，第4157号，第303页，见第305页和第307页，第2-3条。

⁸² 《不列颠国王陛下与赫贾兹和尼德及其属地国王陛下友好谅解条约》(1927年5月20日，吉达)，同上，第71卷，第1658号，第131页，见第154页，第5条。另见《〈1922年6月30日疏散协定〉所载的美国与多米尼加共和国批准公约》(1924年6月12日，圣多明各)，同上，第48卷，第1153号，第91页，见第107页；《联合王国及印度英皇陛下与中华民国总统阁下关于取消英国在华治外法权及处理有关问题之条约》(含换文和商定会议记录)(1943年1月11日，重庆)，同上，第205卷，第4826号，第69页，见第71页，第2条。

国际法原则”。例如，1928年意大利与土耳其的一项双边条约规定：“仲裁裁决应根据国际法原则作出。”⁸³ 1929年多米尼加共和国与海地的一项条约规定，“争端……除非依照国际法原则，否则不得提交仲裁裁决。”⁸⁴ 其他几项条约则含有相关序言措词，表示希望按照“国际公法最高原则”⁸⁵ 或“国际法最高原则”解决争端。⁸⁶

37. 除了上文提到的双边条约中有关国家间外交和领事关系的条款外，在国际联盟秘书处登记的一些多边条约在似本质上具有国际性质的背景下，也提到了“国际法原则”，在考虑有关原则的起源时或具相关性：1921年美国、大英帝国、法国和日本关于太平洋岛屿属地的多边条约，其中规定，“第一条第二款所指争议不应被视为包含根据国际法原则专属于各国国内管辖范围的问题”；⁸⁷ 1930年关于国籍和无国籍的一项多边条约，其中缔约方规定，“凡前一条条款未涵盖之处，现有国际法原则和规则应继续有效”；⁸⁸ 1925年制止违禁贩运酒精饮品的一项多边条约，其中缔约方规定：“总《公约》规定的监督不得延及、但有关海洋自由的国际法原则应适用的国际海上航线界限如下：……”。⁸⁹

38. 两项友好关系条约则含有相关序言案文，表示希望根据“《国际联盟盟约》规定的原则”⁹⁰ 解决双方争端，尽管没有具体说明这些原则是否属于法律性质。

⁸³ 《意大利王国与土耳其共和国中立、调解和司法解决条约》(1928年5月30日，罗马)，同上，第95卷，第2172号，第183页，见第187页，第3条。另见《意大利王国与波斯帝国友好条约》，第2条。

⁸⁴ 《多米尼加共和国与海地共和国和平、友好和仲裁条约》(1929年2月20日，圣多明各)，国际联盟，《条约汇编》，第105卷，第2414号，第215页，见第224页，第4(b)条。其他例子见《意大利王国与波斯帝国友好条约》，第2条；《丹麦与捷克斯洛伐克关于豁免军事征用职业领事等拥有的交通工具的安排的换文》(1925年7月20日和24日，哥本哈根)，国际联盟，《条约汇编》，第37卷，第948号，第97页，见第99页。

⁸⁵ 《奥地利与西班牙和解、司法解决和仲裁条约》(1928年6月11日，维也纳)，同上，第87卷，第1984号，第393页，见第395页，序言；《保加利亚与波兰和解、司法解决和仲裁条约》(1929年12月31日，华沙)，同上，第113卷，第2638号，第89页，见第91页，序言；《西班牙与卢森堡和解、司法解决和仲裁条约》(1928年6月21日，卢森堡)，同上，第109卷，第2533号，第137页，见第139页，序言；《西班牙与捷克斯洛伐克共和国和解、司法解决和仲裁条约》(1928年11月16日，布拉格)，同上，第100卷，第2303号，第313页，见第315页，序言。

⁸⁶ 《西班牙与芬兰和解、司法解决和仲裁条约》(1928年5月31日，赫尔辛基)，同上，第82卷，第1874号，第229页，见第231页，序言。

⁸⁷ 《美利坚合众国、大英帝国、法国和日本关于太平洋岛屿属地和岛屿领地的条约》(1921年12月13日，华盛顿)，同上，第25卷，第607号，第183页，见第191页，《议定书》，第2款。

⁸⁸ 《关于某种无国籍情况的议定书》(1930年4月12日，海牙)，同上，第179卷，第4138号，第115页，见第119页，第2条。

⁸⁹ 《德国、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、拉脱维亚、立陶宛、挪威、波兰及但泽自由邦、瑞典、苏维埃社会主义共和国联盟关于制止违禁贩运酒精饮品的公约》(1925年8月19日，赫尔辛基)，同上，第45卷，第1033号，第183页，见第184页，第1条。

⁹⁰ 例如，见《希腊与塞尔维亚人、克罗地亚人和斯洛文尼亚人王国友好、和解和司法解决条约》(1929年3月27日，贝尔格莱德)，同上，第108卷，第2509号，第201页，见第203页，序言；《希腊共和国与捷克斯洛伐克共和国友好、和解、仲裁和司法解决条约》，序言。

39. 在联合国秘书处登记的条约中,提到“国际法原则”的次数也属最多。其中,在设立仲裁庭的条约的适用法律条款中最为常见。⁹¹ 其他类似提法包括“万国法原则”,例如《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》中规定,冲突各方“依万国法原则仍应履行之义务,此等原则系产自文明人民间树立之惯例,人道法则与公众良心之要求”;⁹² 以及“国际公法原则”,例如,在1946年中国与沙特阿拉伯的一项条约中,双方同意“依照国际公法原则”建立外交关系。⁹³

40. 在条约中与“国际法原则”有关的其他提法包括,商务关系情况下“一般公认的国际法原则和实践”,⁹⁴ 以及“国际通行法的原则和实践”、⁹⁵ “国际承认的法律原则”、⁹⁶ “公认的国际原则”⁹⁷ 和“普通国际法的原则和实践”。⁹⁸

B. 起源

41. 上文 A 节 1 和 2 分节提到的条约,通过援引《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条的规定,或通过明示列入这些规定(尽管在某些情况下作了改动),纳入了“一般法律原则为文明各国所承认者”一语,但并未进一步说明这些一般法律原则的起源,无论这些一般法律原则是源自国家法律体系还是在国际法律体系内形成。⁹⁹ 如上文 A 节 2 分节所述,设立仲裁庭的一些条约是在其中规定适用法律包括当事方之间现行有效的条约产生的“法律原则”。¹⁰⁰ 所指“法律原则”产生于条约这一事实可能表明这些原则源于国际法律体系。

42. 正如上文 A 节 5 和 6 分节所讨论,提及“国际法一般原则”或其变体的一些条约条款涉及国家间外交和领事关系、一缔约国在另一缔约国领土上的使领馆待

⁹¹ 例如,见《土耳其共和国与意大利共和国友好、和解和司法解决条约》(1950年3月24日,罗马),联合国,《条约汇编》,第96卷,第1338号,见第207页,第209页;《埃及与也门友好条约》(1945年9月27日,亚历山大港),同上,第9卷,第53号,第373页,见第376页,第2条。

⁹² 《1949年8月12日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》,同上,第75卷,第971号,第85页,见第120页,第62条。

⁹³ 《中华民国与沙地阿拉伯王国友好条约》(1946年11月15日,吉达),同上,第18卷,第289号,第197页,见第204页,第二条。

⁹⁴ 《联合王国与尼泊尔和平友好条约》(1950年10月30日,加德满都),同上,第97卷,第1346号,第121页,见第130页,第四条(“缔约双方应根据一般公认的国际法原则和实践,保持和发展符合其长期友好关系的互利商务关系”)。

⁹⁵ 《荷兰王国与阿富汗王国友好条约》(1939年7月26日,伊斯坦布尔),同上,第32卷,第177号,第381页,见第383页,第2条。

⁹⁶ 《荷兰王国与印度尼西亚共和国圆桌会议协定》,第222页。

⁹⁷ 《叙利亚共和国与巴基斯坦友好条约》(1950年8月29日,卡拉奇),联合国,《条约汇编》,第109卷,第1494号,第95页,见第100页,第二条。

⁹⁸ 《波斯与希腊居住、贸易和航行条件公约》(1931年1月9日,伦敦),同上,第166卷,第497号,第331页,见第1条。

⁹⁹ 正如特别报告员在其第一次报告中所讨论的(A/CN.4/732,第188-253段)。

¹⁰⁰ 见上文脚注31中提到的各项条约。

遇、一缔约国国民在另一缔约国领土上的对等待遇、另一缔约国没收国家财产、国籍和无国籍、缔约国间中立条件以及关于海洋自由的国际法原则。这些条约条款确立了各国间主要权利和义务，是在本质上具有国际性的背景下产生的，因此在审议其中提到国际法原则的起源或具相关性。同样，上文 A 节 6 分节提到的另外两项条约中提到“《国际联盟盟约》规定的原则”，这是条约中产生原则的进一步例子，可能指示其起源何处。

43. 在联合国秘书处登记的一些条约中有关司法协助的规定提及“被请求法院所在国的一般法律原则”。¹⁰¹ 其中一个提及“法律原则”的条约的例子是 1949 年荷兰和印度尼西亚之间关于主权移交的条约，其背景本质上似具有国际性。¹⁰² 《非洲人权和民族权宪章》中提到的“法律原则”应作为辅助手段参照“规定了非洲统一组织成员国明确承认的规则的其他一般或特别国际公约、符合国际人权和民族权规范的非洲做法、普遍接受为法律的习俗、非洲国家承认的一般法律原则以及法律先例和学理”而确定的。这些原则在审议有关原则的渊源时可能是相关的，即其起源是国际法律体系还是成员国的国家法律体系，还是两者兼而有之。¹⁰³

44. 在联合国秘书处登记的一些提及“一般原则”的条约是通过援引条约本身或涉及同一主题的一系列此类条约中确立的原则来这样做的。例如，多项航空运输协定均提及有关国家之间“有秩序地发展”服务的一般原则，具体视交通需求及其他考虑因素而定。¹⁰⁴ 这些原则是从条约中提取的，这可能指示了它们的起源。促进和保护投资的条约、¹⁰⁵ 社会保障协定、¹⁰⁶ 关于国际劳工标准的协定¹⁰⁷ 和关于移交被判刑人的协定¹⁰⁸ 都有类似的“一般原则”的例子。

¹⁰¹ 例如，见《匈牙利人民共和国和意大利共和国关于民事法律援助的公约》(1977 年 5 月 26 日，布达佩斯)，同上，第 1334 卷，第 22388 号，第 386 页，第 8 条，第 4 款。

¹⁰² 《荷兰王国和印度尼西亚共和国圆桌会议协定》，第 222 页。

¹⁰³ 《非洲人权和民族权宪章》，第 61 条。

¹⁰⁴ 例如，见《希腊皇家政府和叙利亚共和国关于各自领土间民用航空服务的协定》(1949 年 7 月 5 日，大马士革)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1013 号，第 71 页，见第 80 页，附件，第 2 段；《大不列颠及北爱尔兰联合王国与挪威关于往来、途经和来自大不列颠和挪威的空中通讯的协定(及附件)》(1946 年 8 月 31 日，伦敦)，同上，第 6 卷，第 78 号，第 235 页，见第 238 页，第 1 条，第 6 款；《联合王国与巴西合众国航空运输协定》(1946 年 10 月 31 日，里约热内卢)，同上，第 11 卷，第 152 号，第 115 页，见第 128 页，第四(e)条。

¹⁰⁵ 例如，见《西班牙王国和土耳其共和国关于相互促进和保护投资的协定》(1995 年 2 月 15 日，安卡拉)，同上，第 2012 卷，第 34528 号，第 223 页，见第 249 页，第五条。

¹⁰⁶ 例如，《大不列颠及北爱尔兰联合王国和法兰西共和国关于对等适用法国与北爱尔兰社会保障计划的协定》(1950 年 1 月 28 日，巴黎)，同上，第 97 卷，第 1349 号，第 155 页，见第 156 页及其后各页。

¹⁰⁷ 见《联合国、联合国粮食及农业组织、国际民用航空组织、国际劳工组织、联合国教育、科学及文化组织和世界卫生组织与昔兰尼加和的黎波里塔尼亚领土管理国大不列颠及北爱尔兰联合王国关于提供技术援助的基本协定》(1950 年 12 月 15 日，纽约成功湖)，同上，第 76 卷，第 985 号，第 121 页，见第 132 页及其后各页；《国际劳工组织宪章修正案文书》(1946 年 10 月 9 日，蒙特利尔)，同上，第 15 卷，第 229 号，第 35 页，见第 116 页及其后各页，第 41 条。

¹⁰⁸ 例如，见《秘鲁共和国与葡萄牙共和国之间关于被判刑人员移交的条约》(2010 年 4 月 7 日，利马)，同上，第 2915 卷，第 50752 号，第 197 页，见第 216 页，第 2 条。

C. 承认

45. 为本备忘录的目的而调查的在国际联盟秘书处登记的和在联合国秘书处登记的条约一般没有明确提到关于承认一般法律原则的要求。上文 A 节 1 分节所述援引《常设国际法院规约》第 38 条和上文 A 节 2 分节所述明确列述第 38 条内容的条约重申了一般法律原则须为“文明各国所承认”的要求。上文 A 节 2 分节所述后来一些在联合国秘书处登记的条约明示列述了《国际法院规约》第 38 条的内容，但在提及一般法律原则时省略了“文明”一词。因此，有关条文所提及的是“……各国公认的一般法律原则”。¹⁰⁹

46. 上文 A 节 5 分节提到的两项条约含有关于国际法原则须获“公认”的要求，¹¹⁰但没有对什么是公认作出任何澄清。上文 A 节 4 分节提到“公认的法律原则”¹¹¹也没有就承认的要求内容提供任何进一步的说明。在其他情况下，条约的提及措词表明，承认的要求是指这些一般原则是有关条约或组织的成员国共同的，例如，“成员国共同的一般法律原则”，¹¹²“各自国内适用的一般原则”¹¹³以及“非洲国家承认的一般法律原则”。¹¹⁴

D. 移置

47. 所调查的条约中没有明确提及一般法律原则从国家法律体系到国际法律体系的移置或可移置度。

E. 功能及与其他国际法渊源的关系

48. 为本备忘录的目的而调查的许多条约条款没有明示说明一般法律原则的功能是什么。正如 A 节所讨论的，在一些条约中，有关条款的功能是确立次级规则——当事方之间解决争端的适用法。另外一些条约条款则确立了缔约国之间的主要权利和义务，例如，与其外交和领事关系有关的权利和义务。

¹⁰⁹ 《美利坚合众国与波兰人民共和国关于中大西洋西部海域渔业的协定》，附件一，第七节；《美利坚合众国与波兰人民共和国关于美国沿海渔业的协定》，附件三，第六节。

¹¹⁰ 《德意志帝国与希贾兹、尼德和属地王国友好条约》，第 2 条；《匈牙利和捷克斯洛伐克关于根据捷克斯洛伐克法令补充登记投资(索赔)的议定书》，第 4 段。另见《关于与国籍法冲突有关的某些问题的公约》，第 1 条。

¹¹¹ 《美利坚合众国和墨西哥构成关于补偿美国公民在墨西哥被征用土地的协定的换文》，第 204 页。

¹¹² 《关于建立阿拉伯石油输出国组织的协定》(1968 年 1 月 9 日，贝鲁特)，联合国，《条约汇编》，第 681 卷，第 9707 号，第 235 页，见第 252 页，第 6(a)条(“本组织的合同责任受订立的合同有关法律管辖。侵权责任应由各成员共同的一般法律原则管辖”)。

¹¹³ 《美利坚合众国和墨西哥互惠贸易协定》(1942 年 12 月 23 日，华盛顿)，同上，第 13 卷，第 81 号，第 231 页，见第 244 页，第十二条。另见《美利坚合众国与巴拉圭关于互惠贸易的协定》(1946 年 9 月 12 日，亚松森)，同上，第 125 卷，第 1677 号，第 179 页，第十条。

¹¹⁴ 《非洲人权和人民权利宪章》，第 61 条。

49. 上文 A 节 2 分节讨论的明示列述《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款内容作为仲裁庭适用法的若干条约，以及 A 节 4 分节讨论的提及“法律原则”的若干条约中含有如下几行条文：

“在特定案件中，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以及判例法理为指导。”¹¹⁵

50. 这些条文表明，在国际法其他渊源“不充分”的案件中，所提及的“法律原则”可发挥通常认为由一般法律原则来发挥的补充性或“填补空白”(避免无法可依)作用。¹¹⁶ 有关条约没有具体说明这些“法律原则”的性质或起源是什么，也没有具体说明它们与《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款意义上的一般法律原则有何关系。也没有具体说明这些法律原则是由仲裁庭从国家法律体系中，还是从国际法律体系中，还是兼用两者而推衍出来的。另一个这样的例子是 1930 年一项关于国籍和无国籍的多边条约，其中缔约方规定：“对于前几条的任何规定没有涉及的任何一点，国际法的现行原则和规则将继续有效”。¹¹⁷ 因此，这一规定对有关条约规定予以优先考虑，但只要其规定有任何空白，即应适用国际法的原则和规则。

51. 1945 年联合王国和中国在领事关系方面的条约也规定在缔结领事方面条约关系之前，由一般法律原则发挥填补空白的作用：

“缔约双方同意，在前款所述一项或多项条约缔结之前，将允许对方的领事官员按照国际法一般原则，在己方对任何外国领事官员开放或可能开放的所有港口、城市和场所行使其领事职能”。¹¹⁸

1945 年埃及和也门之间的友好条约规定了在缔结条约之前规范外交和领事关系的一般法律原则具有类似填补空白的作用。¹¹⁹

52. 《联合国和瑞士联邦关于阿丽亚娜公园的协定》载有一般法律原则的解释功能的一个例子，其中规定，对该《协定》应按照一般法律原则进行解释。¹²⁰

¹¹⁵ 见上文提到的案例(见上文脚注 51)。

¹¹⁶ 见 [A/CN.4/732](#)，第 24-28 段。

¹¹⁷ 《关于某种无国籍情况的议定书》，第 2 条。

¹¹⁸ 《荷兰和中国关于放弃在中国的域外权利和管理有关事项的条约(及换文和商定会议记录)》，(1945 年 5 月 29 日，伦敦)，联合国，《条约汇编》，第 2 卷，第 23 号，第 307 页，见第 316 页，第八条。

¹¹⁹ 《埃及与也门友好条约》，第 2 条。

¹²⁰ 第 12 条。

53. 另一个例子是《联合国和塞拉利昂关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》，其中载有一项关于赦免和减刑的规定，即由特别法庭庭长“基于正义的利益和一般法律原则”就该事项作出决定。¹²¹

54. 调查的各个条约并未提供太多关于一般法律原则与其他国际法渊源之间关系的信息。

55. 通过纳入《常设国际法院规约》第 38 条的规定，或明确列述第 38 条的规定(作一些改动)，缔结上文 A 节 1 和 2 分节所指条约的国家纳入了“一般法律原则为文明各国所承认者”，但没有确立该条规定的国际法三大渊源的任何等级，也没有以任何其他方式确定一般法律原则与其他国际法渊源之间的关系。同样，上文 A 节 3 分节提到的各条约使用了“一般法律原则”一词，但并未援引第 38 条，也没有明示列述第 38 条的内容，这些条约普遍未在其适用法律渊源之间确立任何优先顺序或等级。

56. 1921 年瑞士和德国之间的一项双边条约中包含了一个例外：

仲裁庭应适用：

第一：当事方之间现行有效公约，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，作为通例之证明而经接受为法律者；

第三：一般法律原则为文明各国所承认者。¹²²

这一条款明示规定了适用国际法渊源的优先顺序。这是所调查的条约中仅有的两项具有此类性质的条款之一。¹²³

57. 同样，1931 年德国和波兰一项关于社会保险的双边条约包含如下条款：“仲裁委员会关于争议的裁决应符合本条约的规定，且如有必要，则应符合作为补充依据的一般法律原则和公平原则。”¹²⁴ 就该条约而言，只有在必要时才适用一般法律原则，并作为条约条款的补充。

58. 最后，《国际刑事法院罗马规约》第 21 条详列了适用于该法院的法律渊源，并明确了这些法律渊源的优先顺序。¹²⁵ 它还区分了源自国内法的一般法律原则

¹²¹ 《联合国和塞拉利昂关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》(2002 年 1 月 16 日，弗里敦)，联合国，《条约汇编》，第 2178 卷，第 38342 号，第 137 页，第 23 条。

¹²² 《瑞士联邦与德意志帝国仲裁和调解条约》(1921 年 12 月 3 日，伯尔尼)，国际联盟，《条约汇编》，第 12 卷，第 320 号，第 271 页，见第 283-284 页，第 5 条。

¹²³ 另一项是《德国和瑞典仲裁和调解公约》，第 5 条。

¹²⁴ 《德意志帝国与波兰共和国关于社会保险的条约》(1931 年 6 月 11 日，柏林)，国际联盟，《条约汇编》，第 141 卷，第 3263 号，第 91 页，见第 173 页，第 47 条，第 2 段。

¹²⁵ 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38511 号，第 3 页，见 104 页，第 21 条。

(第 21 条第(1)款(c)项)和国际法原则(第 21 条第(1)款(b)项)。《罗马规约》的这一规定和国际刑事法院的相关判例法详细载于本备忘录第(三)节。

二. 国家间仲裁庭判例法

A. 适用法律渊源和术语

1. 适用法律渊源

59. 作为解决争端的特设机构, 仲裁庭的权力源自设立仲裁庭的基本条约和协定。如本备忘录第一节所示, 此类文书数量和种类都很多。例如其中有些是确立主要权利和义务的实质性条约, 同时含有关于以仲裁方式解决缔约方争端的条款。另一些文书则是旨在解决缔约方之间一般争端的条约, 或是关于解决具体争端的特别协定, 或是两者兼而有之的文书。这些文书另外包含的各种不同关于如上设立的仲裁庭适用法律的条款——这类条款可能, 也可能不明示提及一般法律原则。其使用的术语有多种, 而设立仲裁庭的文书中所提及的“原则”、“一般原则”等是否即指《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款或《国际法院规约》第 38 条(1)(c)项所指的一般法律原则, 可能并非总是很明确。此外, 仲裁庭在提及一般法律原则时通常不会明示指出, 它们这样提及是以设立仲裁庭的基本文书为依据, 还是因为它们认为一般法律原则按其性质本即是国际仲裁庭可加以适用的一个国际法渊源。本节中, 由于上文第一节所列的原因, 秘书处还酌情纳入了不限于国家间仲裁裁决的其他相关材料。

60. 例如, 审议阿卜耶伊地区划界问题的仲裁庭¹²⁶ 是根据苏丹政府与苏丹人民解放运动/人民解放军之间的一项仲裁协定而设立的。¹²⁷ 仲裁员可适用的法律包括 2005 年 1 月 9 日各方签署的《全面和平协议》、2005 年的《苏丹国家临时宪法》和“仲裁庭确认有相关性的一般原则和做法”。¹²⁸ 仲裁庭在裁决中确认¹²⁹ 其任务是根据《仲裁协定》适用这些文书及一般法律原则, 并在此基础上确定, “国际公法和国家法律体系[对决定]的审查原则(前提是国家法律体系中的做法是普遍共同的)具有相关性”。¹³⁰

¹²⁶ 《阿卜耶伊仲裁》(见上文脚注 21)。

¹²⁷ 2008 年 7 月 7 日, 苏丹政府和苏丹人民解放运动/解放军签署了《苏丹政府与苏丹人民解放运动/解放军对阿卜耶伊地区划界的仲裁协议》。这不是一项条约, 也未在联合国登记, 但曾在仲裁庭裁决书的第 1 段中提及(同上)。

¹²⁸ 同上, 第 425 页。

¹²⁹ 同上, 第 407 段。

¹³⁰ 同上, 第 401 段。

61. 挪威船主索赔案¹³¹ 的审理是根据 1907 年一项关于解决国际争端的一般公约、¹³² 1908 年有关国家间的一项一般仲裁公约¹³³ 以及针对此案索赔案的特别仲裁协定进行的。¹³⁴ 其中后一项文书规定, “仲裁庭应按照法律和公平原则审理和裁定上述索赔”。¹³⁵ 在此基础上, 仲裁庭裁定“1921 年特别协定中使用的‘法律和公平’用语……应理解为是指有别于任何特定法理体系或任何国家国内法的一般公正原则”。¹³⁶

62. 阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔案的审理是根据 1922 年联合王国政府与哥斯达黎加之间的一项条约进行的, 该条约规定, 此案仲裁员对索赔案作出裁决时应“顾及现有协定[及]公法和国际法原则”。¹³⁷ 仲裁员据此提及了以下“原则”: “政府更迭或国家内部政策的变化通常不影响其在国际法中的地位……虽然政府会有更迭, 但国家仍然存在, 其权利和义务不受影响。”¹³⁸ 《关于设立法国和加拿大间海区划界问题仲裁庭的协定》指出: “仲裁庭被要求根据适用于此案的国际法原则和规则, 进行海区当事双方间的划界”。¹³⁹ 在此基础上, 仲裁庭依据“相等距离原则”及“岛屿和大陆国家在产生海洋区域的平等资格原则”。¹⁴⁰

63. “彩虹勇士”号案的仲裁是根据法国和新西兰两国政府于 1986 年 7 月 9 日缔结的两项协定以及同日关于仲裁规定的换文和 1989 年 2 月 14 日关于设立仲裁庭的补充协定而进行的。¹⁴¹ 其中后一项协定规定, “仲裁庭的裁决应根据[上述协定]及适用的国际法规则和原则作出”。¹⁴² 然而, 仲裁庭在此案中并没有将这

¹³¹ 《挪威船主索赔(挪威诉美国), 1922 年 10 月 13 日裁决, 国际仲裁裁决汇编》, 第一卷, 第 307-346 页。

¹³² 《和平解决国际争端公约》(1907 年 10 月 18 日, 海牙), 裁决书第 309 页提及(同上)。

¹³³ 签署于 1908 年 4 月 4 日, 裁决书第 309 页提及(同上)。

¹³⁴ 《美利坚合众国与挪威关于克里斯蒂安尼亚船主对美国政府的集体索赔案的仲裁公约》。

¹³⁵ 同上, 第 1 条。

¹³⁶ 《挪威船主索赔》(见上文脚注 131), 第 331 页。

¹³⁷ 《联合王国和哥斯达黎加关于将针对哥斯达黎加政府的某些索赔提交仲裁的公约》(圣何塞, 1922 年 1 月 12 日), 国际联盟, 《条约汇编》, 第 17 卷, 第 432 号, 第 151 页, 见第 153-154 页, 第一条。

¹³⁸ 《阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔(大不列颠诉哥斯达黎加), 1923 年 10 月 18 日裁决, 国际仲裁裁决汇编》, 第一卷, 第 369-399 页, 见第 377 页。

¹³⁹ 《为划定加拿大与法国之间海洋区而设立仲裁院的协定》(1989 年 3 月 30 日, 巴黎和多伦多), 联合国, 《条约汇编》, 第 1583 卷, 第 27629 号, 第 25 页, 见第 27 页, 第 2.1 条。

¹⁴⁰ 《加拿大和法国之间海洋区划界, 1992 年 6 月 10 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第二十一卷, 第 265-341 页, 见第 267 页。

¹⁴¹ 相关案文见下列案件: 《新西兰和法国对于“彩虹勇士”号事件引起的问题而于 1986 年 7 月 9 日缔结的两项协议所作解释和适用存在的分歧, 1990 年 4 月 30 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷, 第 215-284 页, 见第 218-221 页。

¹⁴² 同上, 第 219 页, 补充协定(1989 年 2 月 14 日, 纽约), 第 2 条。

一语句作为讨论一般法律原则的依据，而是将其称为“习惯法渊源，[其中]……包含一般国际法的两大分支：1969年《维也纳公约》完成编纂的条约法，以及国际法委员会正在编纂之中的国家责任法”。¹⁴³

64. 在一些案件中仲裁庭似乎认为，一般法律原则据其本身性质便是国际仲裁庭可以适用的国际法渊源，且不一定须以基本条约为依据，这类裁决的一个例子是根据《奥斯巴公约》进行的程序案。《奥斯巴公约》规定，仲裁庭“应根据国际法规则、特别是《公约》的规则作出裁决”。¹⁴⁴ 仲裁庭在认识到其首要职责是要适用《奥斯巴公约》之后指出，“诸如本庭这样的国际仲裁庭也将适用习惯国际法和一般原则，除非(并仅限于)因当事方已制定特别法而例外”。¹⁴⁵ 同样，在安巴蒂耶洛斯索赔案中所依据的仲裁条约并未具体说明除条约规定之外的任何其他国际法渊源是否具有适用性。¹⁴⁶ 不过，仲裁委员会指出，“一般公认，失权时效原则适用于向国际仲裁庭提起仲裁程序的权利。国际仲裁庭在许多案件中都持这一立场……”。¹⁴⁷

65. 根据《联合国海洋法公约》附件七设立的仲裁庭须遵循《公约》第十五部分的规定，该部分规定，“根据本节具有管辖权的法院或法庭应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则。”¹⁴⁸ 此外，《公约》第74(1)条和第83(1)条规定，海岸相向或相邻国家各自专属经济区和大陆架的界限“……应在《国际法院规约》第38条所指国际法的基础上以协议加以划定，以得到公平的解决”。在巴巴多斯和特立尼达与多巴哥共和国仲裁案中，仲裁庭在解释上文所述《公约》第74(1)条和第83(1)条规定时表示：

这种显然简单而不精确的模式实际上使人有机会对体现于条约和习惯法中与当事方之间划界有关的法律规则作出宽泛的考量，并使人有机会考虑国际

¹⁴³ 同上，第249页。另见《奥斯曼帝国灯塔特许权案(希腊，法国)，1956年7月24/27日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第155-269页，其中仲裁庭(见第189页)提到假设的“习惯法一般原则”和《Gavan Griffith先生根据〈保护东北大西洋海洋环境公约〉提起的程序(爱尔兰诉联合王国)，2003年7月2日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第59-151页，见第134页，其中他认为慎防原则是“国际法的一项既定习惯法原则”。

¹⁴⁴ 《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992年9月22日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第2354卷，第42279号，第67页，见第83页，第32条第6(a)款。

¹⁴⁵ 《根据〈奥斯巴公约〉提起的程序》(见上文脚注143)，第87页，第84段。另见《德国因对葡萄牙在南部非洲殖民地造成的损失而应承担的责任(针对责任原则作出的裁决)(葡萄牙诉德国)，1928年7月31日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第1011-1033页，见第1016页。

¹⁴⁶ 《联合王国和希腊关于将安巴蒂耶洛斯索赔提交裁决的协定》(1955年2月24日，伦敦)第2条，相关案文见《安巴蒂耶洛斯索赔(希腊，大不列颠及北爱尔兰联合王国)，1956年3月6日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第83-153页中的第88页。

¹⁴⁷ 《安巴蒂耶洛斯索赔》(见上文脚注146)，第103页。

¹⁴⁸ 联合国海洋法公约》第293条。

法的一般原则、同时并考虑国际性法院和法庭的裁判和博学的法学家们对于理解和诠释该法律规则体系而提供的见解。¹⁴⁹

66. 关于仲裁庭使用的各种术语，以下各分节的结构沿用了与本备忘录第一节 A 分节相同的结构，即对在国际联盟秘书处登记的和在联合国秘书处登记的条约分而论之。

2. 术语

(a) 提及《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条的裁判，或明示列述这些条文内容的裁判

67. 所调查的一些仲裁裁决援引了《常设国际法院规约》第 38 条或《国际法院规约》第 38 条，例如德国因其对葡萄牙在南部非洲的殖民地造成的损失而应承担的责任案¹⁵⁰ 及几内亚和几内亚比绍海洋划界案。¹⁵¹ 其他裁决则明示列述了这些条款的相关内容，以这种方式提及一般法律原则，例如 *Goldenberg* 案¹⁵² 和意大利与哥斯达黎加间贷款协定案。¹⁵³ 一些仲裁庭也承认一般法律原则作为国际法渊源所具有的普遍适用性，如根据《奥斯巴公约》进行的程序案即是如此，在该案中仲裁庭认识到其首要职责是适用《奥斯巴公约》，继而指出，“诸如本庭这样的国际仲裁庭也将适用习惯国际法和一般原则，除非(并仅限于)因当事各方已制定特别法而例外”。¹⁵⁴

68. 根据《联合国海洋法公约》附件七设立的仲裁庭须遵循《公约》第十五部分条款的规定，该部分规定：“根据本节具有管辖权的法院或法庭应适用本公约和其他与本公约不相抵触的国际法规则。”在巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国仲裁案中，仲裁庭在解释这一条款以及《公约》关于海区划界的条款(其中提及了《国际法院规约》第 38 条)时指出，一般法律原则在这方面有一定的作用。¹⁵⁵

¹⁴⁹ 《巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间关于两国间专属经济区和大陆架划界的仲裁，2006 年 4 月 11 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十七卷，第 147-251 页，见第 210 页，第 222 段。

¹⁵⁰ 见上文脚注 145。

¹⁵¹ 《几内亚比绍和塞内加尔之间海洋边界案，1985 年 2 月 14 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 149-196 页中的第 164 页。另见《阿根廷和智利在第 62 号界桩与菲茨罗伊峰之间边界争端，1994 年 10 月 21 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十二卷，第 3-149 页，第 98 页载有 Reynaldo Galindo Pohl 先生的反对意见。

¹⁵² 《Goldenberg 案(德国诉罗马尼亚)，1928 年 9 月 27 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 901-910 页，见第 909 页。

¹⁵³ 《意大利与哥斯达黎加之间的贷款协议，1998 年 6 月 26 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 21-82 页，见第 55 页。

¹⁵⁴ 《根据〈奥斯巴公约〉提起的程序》(见上文脚注 143)，第 87 页，第 4 段；另见《德国因对葡萄牙在南部非洲殖民地造成的损失而应承担的责任》(见上文脚注 145)，第 1016 页。

¹⁵⁵ 《巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间仲裁》(见上文脚注 149)，第 210 页，第 222 段。

(b) 提及“一般法律原则”的裁决¹⁵⁶

69. 所调查的一些裁决提及了“一般法律原则”。例如，对于危地马拉与洪都拉斯间一边界争端，仲裁庭依据了在双方间适用的一项条约条款，即“只有当占有[……]符合一般法律原则时，占有才视为有效。”¹⁵⁷ 在一个代表个人对墨西哥提出的索赔案中，墨西哥仲裁委员认定，如果仅凭借索赔人和单一证人的证词笔录而判定一国家政府须承担责任，将“构成对一般法律原则的无视”。¹⁵⁸ 在关于美国公民在智利死亡补偿金额的争端中，一名仲裁员在他同意裁决的意见中指出，“国际仲裁庭经常适用一般法律原则和国内法的经验”。¹⁵⁹ 在一个关于国际清算银行的案件中，仲裁庭指出，没收股东股份，“如不作出补偿就不能视为合法。这是从保护私有财产的一般国际法规则以及从一般法律原则得出的结论”。¹⁶⁰ 在另一项裁决中，仲裁委员会指出：“根据一般基本法律原则，债务人决不能援引自己的非法行为造成的状况来免除自己的义务”。¹⁶¹

(c) 提及“法律原则”的裁决

70. 所调查的一些裁决提到了“法律原则”。例如，有一项裁决指出“国际仲裁庭应该根据事实和适用的一般法律原则作出定责任问题的认定”。¹⁶² 在另一项裁决中，仲裁庭在考量“根据法律原则和公平原则”一语的含义时指出，“大多数国际法学者似乎一致认为，应该将这些词语理解为是指有别于任何特定法理体系或任何国家国内法的那些一般公正原则”。¹⁶³ 而在另一项裁决中，仲裁委员会认定，“可以从法律原则中找到对本案的适当处置方式，而这些法律原则可以在认定国际责任问题时恰当地加以适用”和“委员会必须处理其面对的事实，并

¹⁵⁶ 偶尔采用“一般原则”这一术语，例如在 *Goldenberg* 案中，仲裁员适用了关于不得没收外国人私人财产而不提供公正补偿的一般原则”，尽管未将之称为“一般法律原则”（见上文脚注 152，第 909 页）。

¹⁵⁷ 《洪都拉斯边界案(危地马拉，洪都拉斯)，1933 年 1 月 23 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 1307-1366 页，见第 1323 页。

¹⁵⁸ 《Fredrick W. Stacpoole (英国)诉墨西哥合众国，1930 年 2 月 15 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第五卷，第 95-99 页，墨西哥仲裁委员的反对意见，见第 99 页。

¹⁵⁹ 《与 Letelier 和 Moffitt 死亡责任有关争议(美国、智利)，1992 年 1 月 11 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十五卷，第 1-19 页，见第 16 页。

¹⁶⁰ 《国际清算银行与前私人股东的部分争议，2003 年 9 月 19 日最后裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第 153-296 页，见 227 页，第 156 段。

¹⁶¹ 《荷兰轮船 *Op ten Noort* 号案(荷兰、日本)，1961 年 1 月 16 日裁定一和裁定二。国际仲裁裁决汇编》，第十九卷，第 508-552 页，见第 518 页。

¹⁶² 《George W. Johnson、遗产执行人 Arthur P. White，和遗产管理人 Martha J. McFadden (美国)诉墨西哥合众国(“日光案”)，1927 年 4 月 15 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第 164-172 页，见第 170 页。

¹⁶³ 《卡尤加印第安人(大不列颠)诉美国，1926 年 1 月 22 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第六卷。第 173-190 页，见 183 页。

在没有具体规则的情况下将适当的法律原则适用于相互冲突的利益”。¹⁶⁴ 在另外两项裁决中，仲裁委员会考量了“在适用以往的裁决中所确立和适用的法律原则和委员会规则时”是否存在失误。¹⁶⁵

71. 仲裁庭提及在关于设立仲裁庭的条约中所含“法律原则”或“国际法原则”的另一个例子是帕尔马斯岛案，¹⁶⁶ 在该案中，仲裁协定表示，双方希望“根据国际法原则和任何适用的条约条款结束双方之间针对帕尔马斯岛主权而发生且持续至今的争端”。¹⁶⁷ 在此基础上，仲裁庭提到了一些相关的“原则”，包括“国家对其本身领土的专属权限原则，从而使国家成为解决涉及国际关系中大多数问题的出发点”；¹⁶⁸ “国家在特定区域内持续、和平地展现其职能是领土主权的构成要素之一原则”；¹⁶⁹ 以及“西班牙不可能移交超出其本身拥有的权利的权力的原则”。¹⁷⁰

(d) 提及“国际法一般原则”的裁决

72. 所调查的一些仲裁裁决中提及“国际法一般原则”的数量最多。例如，在阿卜耶伊仲裁案中，仲裁庭认为，“……普遍认同的一个谅解是，在边界争端背景下对‘一般法律原则’的提及包含了国际法一般原则”。¹⁷¹ 在一项关于国籍的裁决中，仲裁委员会表示，“鉴于《条约》不包含任何关于双重国籍情况的规定，委员会必须转而参考国际法一般原则”。¹⁷² 在一项关于某国政府和叛乱运动共存于一国问题的裁决中，仲裁委员会表示，“这一状况必须适用国际法一般原则来判断，而且必须确定其对《和平条约》条款的影响”。¹⁷³ 在1932年对塞勒姆案的裁决中，仲裁庭表示：“应确定其中一国违反国际法一般原则授予公民身份

¹⁶⁴ 《E. R. Kelley(美国)诉墨西哥合众国，1930年10月8日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第四卷，第608-615页，分别见第609和614页。

¹⁶⁵ 《Lehigh Valley 铁路公司、加拿大汽车和铸造有限公司代理处及多家保险人(美国)诉德国(破坏案)，1933年12月15日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第八卷，第160-190页，见第164页；和《费城-Girard 国家银行(美国)诉德国和 Direktion der Disconto Gesellschaft(带入诉讼)，1930年4月21日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第八卷，第69-75页，见第70页。

¹⁶⁶ 《帕尔马斯岛案(荷兰，美国)，1928年4月4日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第829-871页。

¹⁶⁷ 美国和荷兰1925年1月2日签署的《关于对帕尔马斯岛(或米昂阿斯岛)主权分歧的仲裁协定》序言，如《帕尔马斯岛案》(同上，第831页)所述。

¹⁶⁸ 同上，第838页。

¹⁶⁹ 同上，第840页。

¹⁷⁰ 同上，第842页。

¹⁷¹ 《阿卜耶伊仲裁》(见上文脚注21)，第310页，第430段。

¹⁷² 《Mergé 案，1955年6月10日第55号裁定，国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第236-248页，见第241页。

¹⁷³ 《Fubini 案，1959年12月12日第201号裁定，国际仲裁裁决汇编》，第十四卷，第420-434页，见第428页。

的举动是否干涉了另一国的权利”。¹⁷⁴ 在上述关于《保护东北大西洋海洋环境公约》的裁决中，仲裁庭表示，“虽然可以确认《奥胡斯公约》的某些条款反映或以法律形式编纂了对当事方具有约束力的习惯做法和国际法一般原则，但仲裁庭无权对《奥胡斯公约》条款的习惯法性质作出宣告”。¹⁷⁵

(e) 提及“国际法原则”的裁决

73. 所调查的一些裁决提及“国际法原则”。例如，在上文提到的关于某国政府与叛乱运动共存于一国问题的裁决中，仲裁委员会表示“对《条约》条款的规定应根据善意和国际法原则作总体解释”。¹⁷⁶ 在根据 1923 年美国与墨西哥间特别索赔专约作出的裁决中，仲裁委员会确认“以惠给方式而非根据国际法原则处理索赔”。¹⁷⁷ 在安巴蒂耶洛斯索赔案中，仲裁委员会表示，“不能认同，此类条款具有凭借最惠国条款将国际法原则纳入 1886 年《英希条约》的效果”。¹⁷⁸ 在转运货物案中，仲裁员表示，任何国际法原则都不会阻止没收一国所有的船只：“国际法任何原则均不阻止或妨碍两国以第三国货币为支付单位而规定义务(甚至是为解决涉及仅存在于该两国间的法律关系的债务)的自由”。¹⁷⁹

¹⁷⁴ 《塞勒姆案(埃及, 美国), 1932 年 6 月 8 日裁决, 国际仲裁裁决汇编》, 第二卷, 第 1161-1237 页, 见第 1184 页。

¹⁷⁵ 《根据〈奥斯巴公约〉提起的程序》(见上文脚注 143), 第 121 页。

¹⁷⁶ 《Fubini 案》(见上文脚注 173), 第 425 页。

¹⁷⁷ 《Sarah Ann Gorham(美国)诉墨西哥合众国, 1930 年 10 月 24 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第四卷, 第 640-645 页。

¹⁷⁸ 《安巴蒂耶洛斯索赔》(见上文脚注 146), 第 108 页。

¹⁷⁹ 《转运货物案(希腊、大不列颠及北爱尔兰联合王国), 1995 年 6 月 10 日裁决, 国际仲裁裁决汇编》, 第七卷, 第 53-81 页, 见第 73 页[没有国际法原则会妨碍或破坏两个缔约国以第三国的货币为单位规定义务的自由, 甚至是为了解决仅涉及它们之间法律关系的债务]。另见《多瑙河航行(盟国: 捷克斯洛伐克、希腊、罗马尼亚、塞族-克罗地亚-斯洛文尼亚王国); 德国、奥地利、匈牙利和保加利亚), 1921 年 8 月 2 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第一卷, 第 97-212 页, 见第 108 页; 《Lanoux 湖案(西班牙, 法国), 1957 年 11 月 16 日, 国际仲裁裁决汇编》, 第十二卷, 第 281-317 页, 见第 308 页(“la régie suivant laquelle les états ne peuvent utiliser la force iurique des Cours d'eau International aux Qu'ala Condition d'un accord Entre Les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de Principe général du droit.”)[某国仅能依据各国之间先前协议才能对国际水道水力发电享有使用权这一规则无法作为习惯法成立, 更无法作为一般法律原则而成立]。《大不列颠及北爱尔兰联合王国与法兰西共和国之间的大陆架划界, 1977 年 6 月 30 日和 1978 年 3 月 14 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第十八卷, 第 3-413 页, 见第 189 页, 第 101 段(“La proportionnalité doit donc être utilisée comme un critère ou un facteur permettant d'établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental”)[因此, 必须以相称性用作确定某些地理情况是否产生公平划界的标准或因素, 而不应用作构成对较大大陆架区域权利的独立渊源的一般原则]; 《几内亚比绍与塞内加尔之间海洋边界划界案, 1989 年 7 月 31 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第二十卷, 第 119-213 页, 见第 149 页, 第 79 段(“Pour ce qui a trait au droit non écrit, il n'existe actuellement en droit international positif aucune norme coutumière ni aucun principe général de droit autorisant les Etats qui ont conclu un traité valable concernant une délimitation maritime, ou leurs successeurs, à vérifier ou à réviser son caractère équitable”)[关于不成文法, 对于已经缔结有关海洋划界的有效条约的国家, 目前在实在国际法中并没有任何习惯法准则或一般法律原则准许这类国家或其继承者核查或审查其公平性]。

B. 起源

74. 所调查的仲裁裁决没有明示说明，其中提到的任何一般法律原则是起源于国家法律体系，还是形成于国际法律体系。所调查的两项裁决提及国家立法或国家司法裁决，以支持有关原则，但这两项裁决都只提及一个国家。在塞勒姆案中，仲裁庭特别注意到埃及司法机构的组成，¹⁸⁰ 而在转运货物案中，仲裁员提到了《法国民法典》。¹⁸¹

75. 在许多裁决中，所涉原则是在本质上属于国际性质的背景下产生的；在考虑其起源时，这一点或具相关性。例如，在关于圭亚那和苏里南间海洋划界的仲裁裁决中，仲裁庭表：“……反制措施不得使用武力，这是国际法的一项既定原则。”¹⁸² 对德国和英国之间的一殖民边界争端的裁决是“根据国际公法的原则和实在规则”作出的，即是这方面的又一例证。¹⁸³ 关于某国政府与叛乱运动共存于一国问题的仲裁又是一例；在该仲裁中，和解委员会表示“……必须通过适用国际法一般原则来判断这一情况，并确定其对《和平条约》规定的影响。”¹⁸⁴ 舒费尔德索赔案的仲裁员引用一段话表示“国际法的一项既定原则是，不允许一个主权国家以本国国内法为由，阻止外国国君就其臣民所受不法行为提出索赔。”¹⁸⁵ 在针对希思罗机场使用费案作出仲裁时，仲裁庭提及“……当地补救办法规则……所依据的国际法一般原则。”¹⁸⁶ 在特雷尔冶炼厂案中，仲裁庭提及“……一国有义务尊重其他国家及其领土”。¹⁸⁷

76. 在其他一些裁决中，提及的原则是源自条约的原则，或者是关于条约解释的原则；在审议其起源问题时，这一点或具相关性。例如，转运货物案、¹⁸⁸ 美英两国希思罗机场使用费仲裁案、¹⁸⁹ 1946年3月27日美利坚合众国与法国之间民用

¹⁸⁰ 《塞勒姆案》(见上文脚注 174)，第 1199 页。

¹⁸¹ 《转运货物案》(见上文脚注 179)，第 70 页。

¹⁸² 《关于圭亚那和苏里南之间海洋划界的仲裁裁决，2007 年 9 月 17 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第三十卷，第 1-144 页，见第 126 页，第 263 段。

¹⁸³ 《鲸湾边界案(德国、英国)，1911 年 5 月 23 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 263-308 页，见第 294 页。

¹⁸⁴ 《富比尼案》(见上文脚注 173)，第 428 页。

¹⁸⁵ 《舒费尔德索赔案(危地马拉，美国)，1930 年 7 月 24 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二卷，第 1079-1102 页，见第 1098 页。

¹⁸⁶ 《关于美英两国希思罗机场用户收费案的仲裁，1992 年 11 月 30 日至 1994 年 5 月 2 日，国际仲裁裁决汇编》，第二十四卷，第 1-359 页，见第 62 页，第 6.19 段。

¹⁸⁷ 《特雷尔冶炼厂案(美国、加拿大)，1938 年 4 月 16 日和 1941 年 3 月 11 日，国际仲裁裁决汇编》，第三卷，第 1905-1982 页，见第 1963 页。

¹⁸⁸ 《转运货物案》(见上文脚注 179)，见第 70 页。

¹⁸⁹ 《关于美英两国希思罗机场用户收费案的仲裁》(见上文脚注 186)，第 88 页。(“在目前的情况下，条件(五)可由以下一般原则推导而得：各方按照条约接受的义务，应一秉诚意加以履行：鼓励总体上导致不公平的协商程序，是不守信用的行为”)。

航空运输协定案¹⁹⁰ 以及莱茵铁路案(“*Ijzeren Rijn*”)的仲裁裁决¹⁹¹ 即属于这种情形。

77. 如本备忘录导言所述, 将“国际”一词纳入条约或仲裁庭使用的术语, 如“国际法一般原则”或和“国际法原则”, 不一定意味着有关原则起源于国际法体系。在这方面需要谨慎。在仲裁庭使用“国际”一词的一些案件中, 无法肯定地说有关原则起源于国际法体系。例如, 在阿根廷与智利边界争端案中, 法院提及既判力, 称之为“国际法的普遍和绝对原则”。¹⁹²

78. 塞勒姆案又是一例; 在该案中, 法庭承认了一条“国际法原则”, 即授予公民身份属主权行为。¹⁹³ 多瑙河航行案的仲裁员认为, “国际法原则”表明, 战争期间没收的私人内河船只应归还扣船时持有和控制船只的船东。¹⁹⁴ 还有一例, 即德国与立陶宛案, 仲裁员在该案中认定, 善意信守国际义务之责是一项国际法原则。¹⁹⁵ 在戈登伯格案中, 仲裁员认为“尊重外国人的私有财产和既得权利无疑是万国法承认的一般原则之一”。¹⁹⁶

C. 承认

79. 所调查的许多裁决都没有提到关于承认有关一般法律原则的要求。间接提到承认(如将一般法律原则称为既定的)的情况也不多。¹⁹⁷ 这些裁决援引《常设国际法院规约》第 38 条第 3 款或《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项, 或明示列述上述任意一条的内容, 以此纳入了“为文明各国所承认……”的要求。¹⁹⁸ 其他一些裁决提及有关原则已获“一般”或“普遍”接受, 例如在安巴提洛斯索赔案中, 仲裁委员会称, 人们“一般公认”失权时效原则可适用于向国际仲裁庭提出索赔的权利。¹⁹⁹ 在阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔案中, 仲裁庭认定,

¹⁹⁰ 《1946 年 3 月 27 日美利坚合众国与法国之间民用航空运输协定, 1978 年 12 月 9 日裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第十八卷, 第 417-493 页, 见第 425 页。

¹⁹¹ 《关于比利时王国和荷兰王国之间的莱茵铁路(“*Ijzeren Rijn*”)的仲裁裁决》, 2005 年 5 月 24 日的裁定, 国际仲裁裁决汇编, 第二十七卷, 第 35-125 页, 见第 64 页。

¹⁹² 《阿根廷和智利关于 62 号界碑和菲茨罗伊山之间边界线的边界争端》(见上文脚注 151), 第 24 页。

¹⁹³ 《塞勒姆案》(见上文脚注 174), 第 1184 页。

¹⁹⁴ 《多瑙河航行》(见上文脚注 179), 第 115 页。

¹⁹⁵ 《德国和立陶宛关于若干人士国籍案(德国诉立陶宛)》, 1937 年 8 月 10 日的裁定, 国际仲裁裁决汇编》, 第三卷, 第 1719-1764 页, 见第 1751 页(“根据国际法原则, 国家必须一秉诚意履行其国际义务。根据此项原则, 如果立陶宛某一机关的决定违反国际协定的规定, 立陶宛即有义务撤销该决定”)。

¹⁹⁶ 《戈登伯格案》(见上文脚注 152), 第 909 页。

¹⁹⁷ 例如, 关《于圭亚那和苏里南之间海洋边界划界的仲裁裁决》(见上文脚注 182), 第 126 页。另见《拉努湖案》(见上文脚注 179), 第 305 页(“尽管作出了这一承诺, 但不能认为西班牙没有足够的保障, 因为按照公认的一般法律原则, 是不可以假定存在恶意的”)。

¹⁹⁸ 例如, 见《意大利和哥斯达黎加之间的贷款协定》(见上文脚注 153), 第 55 页。

¹⁹⁹ 《安巴提洛斯索赔案》(见上文脚注 146), 第 103 页。

国家连续性原则得到“……举世默认，成了既定的国际法。”²⁰⁰ 在阿卜耶伊案的仲裁中，仲裁庭认为“只要有关做法为各国国家法律体系共有，则国家法律体系中所适用的原则就可能作为‘一般法律原则和做法’而具有相关性”。²⁰¹

80. 在一些裁决中，仲裁庭提到对争端当事方中的一方或双方法律体系中的一项原则的承认，但这似乎是要表明该原则为当事各方所知，而不是要确立对该原则本身的承认。例如，在帕尔马斯岛案中，仲裁庭提到一国转让的产权不能超过其所拥有产权的原则，这项法律原则在美国致西班牙的外交函件中得到了明示承认。²⁰² 在塞勒姆案中，仲裁庭指出，分权是“埃及司法机构的组成也采用的一项原则”。²⁰³

81. 在一些案件中，看重的是接受(或拒绝)先前司法判决和仲裁裁决中的一项原则。例如，在关于查戈斯海洋保护区的仲裁中，援引了常设国际法院和国际法院的判决，以支持把禁止反言原则承认为一般法律原则。²⁰⁴ 此外，在几内亚比绍和塞内加尔之间海洋划界案中，仲裁庭提及帕尔马斯岛案，以佐证存在一项时际法一般原则。²⁰⁵ 在上文提到的关于圭亚那和苏里南之间海洋划界案的仲裁中，国际法委员会关于国家责任的条款草案、国际司法机构的判例和《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》都支持认定存在一项“既定的国际法原则，即反制措施不得使用武力”。²⁰⁶

²⁰⁰ 《阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔》(见上文脚注 138)，第 377 页。另见《阿根廷与智利关于 62 号界碑与菲茨罗伊山之间边界线的边界争端》(见上文脚注 151)，第 24 页(将一项原则描述为“普遍和绝对”)。

²⁰¹ 《阿卜耶伊仲裁》(见上文脚注 22)，第 299 页，第 401 段。

²⁰² 《帕尔马斯岛案》(见上文脚注 166)，第 842 页。

²⁰³ 《塞勒姆案》(见上文脚注 174)，第 1199 页。另见《哥伦比亚-委内瑞拉边境案，1922 年 3 月 24 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第一卷，第 223-298 页，见第 248 页；哥伦比亚在其中提出，《哥伦比亚宪法》和《委内瑞拉宪法》都承认保有原则。

²⁰⁴ 《关于毛里求斯和大不列颠及北爱尔兰联合王国之间查戈斯海洋保护区的仲裁裁决，2015 年 3 月 18 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第三十一卷，第 359-606 页，见第 542-544 页。在尤科斯仲裁裁决中，仲裁庭裁定“不洁之手”不属于一般法律原则，因为没有任何国际性法院或仲裁庭适用这一原则。见《尤科斯环球有限公司(马恩岛)和俄罗斯联邦，2014 年 7 月 18 日最后裁决》，第 1364-1374 页。2016 年 4 月 20 日，海牙地区法院以常设仲裁法院对此事缺乏管辖权为由，撤销了尤科斯仲裁案的所有裁决。荷兰高等上诉法院于 2020 年 2 月 18 日推翻了这一裁定，恢复了仲裁裁决。俄罗斯联邦司法部表示，俄罗斯联邦将对这一裁定提出上诉，见英国广播公司(BBC)新闻，“Dutch court backs \$50bn Yukos claim against Russia”，2020 年 2 月 18 日。可查阅：www.bbc.com/news/world-europe-51547011。

²⁰⁵ 例如，《关于几内亚比绍和塞内加尔海洋边界划界案》(见上文脚注 179)，第 141 页。

²⁰⁶ 《关于圭亚那和苏里南之间海洋边界划界的仲裁裁决》(见上文脚注 182)，第 126 页，第 446 段。

82. 仲裁庭还依靠学术著作来支持对一般法律原则的承认。在意大利与哥斯达黎加之间的贷款合同案、²⁰⁷ 阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔案、²⁰⁸ 关于查戈斯海洋保护区的仲裁案²⁰⁹ 以及安巴提埃洛斯索赔案²¹⁰ 中，仲裁庭依据的是学者的著作，而在后一项裁决中，依据的是国际法学会的一份决议。

D. 移置

83. 所调查的仲裁裁决中没有一项明示提及一般法律原则从国家法律体系向国际法律体系的移置或可移置性。然而，也有裁决指出，在国际一级适用国内法原则与在国内一级予以适用是有区别的。例如，在阿根廷-智利边境案中，仲裁院指出，“禁止反言”或“既判力”是“国际法的一项原则，而且是实体法原则”，继而表示，“对这些术语的理解应与其在国内法中的含义有所区别。”²¹¹

84. 帕尔马斯岛案又是一例；仲裁庭在该案中表示：

国内法由于其完整的司法体系，能够承认抽象产权不受任何物质上的表现形式之限而存在，但它还是以时效原则和保护占有原则限制了抽象产权的效力。国际法的结构不是以任何超国家组织为基础的，不能假定国际法将领土主权（几乎所有的国际关系都与领土主权联系在一起）这样的权利降为无具体表现形式的抽象权利类别。²¹²

²⁰⁷ 《意大利和哥斯达黎加的贷款协定》(见上文脚注 153)，第 55 页(在下列出版物中寻求对禁止反言原则的支持：Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (见上文脚注 25)；A. Martin, *L'Estoppel en droit international public* (Paris, Pedone, 1979)；C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1970)；S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1989)。

²⁰⁸ 《阿吉拉尔-艾莫里与加拿大皇家银行索赔》(见上文脚注 138)，第 377 页(引用下列出版无中的一段话：J. B. Moore, *A Digest of International Law, vol. I* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1906)，这段话是：“一国政府或国内政策的变化通常不影响其在国际法中的地位。君主国可以转变为共和国，共和国亦可转变为君主国；宪政原则可以取代绝对原则，反之亦然；但虽然政府出现更迭，但国家仍然存在，其权利和义务不受影响”。

²⁰⁹ 《关于查戈斯海洋保护区的仲裁》(见上文脚注 204)，第 542 页(引用下列出版物中的一段话：A.D. McNair, “The Legality of the Occupation of the Ruhr”, *British Year Book of International Law*, vol. 5, No. 17(1924)；这段话是：“国际判例法理在一点程度上承认一项原则，即一国不可出尔反尔——言语矛盾的人，不可听信。”)。

²¹⁰ 《安巴提埃洛斯索赔》(见上文脚注 146)，第 103 页(从下列论著中寻求对失权时效原则的支持：H. Lauterpacht and L. Oppenheim, *International Law*, 7th ed. (New York and London, Longmans, Green and Co. 1948)和 J.H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Stanford, Stanford University Press, 1926)；并引用国际法学会 1925 年一项决议中的以下一段话：“[与失权时效有关的时间限制问题的确定]全凭国际法庭酌处，不受任何约束；国际法庭如要接受任何基于时间流逝的论点，就必须能够在其面前的案情事实中找出时效生效所必需的一项理由”。)

²¹¹ 《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。这句话在裁决中没有进一步详细说明。

²¹² 《帕尔马斯岛案》(见上文脚注 166)，第 839 页。

仲裁庭接着提及“一项原则，即在特定区域内持续和平地展现国家职能是领土主权的一个构成要素”。²¹³

E. 功能及与其他国际法渊源的关系

85. 在所调查的一些仲裁裁决中，发现了对一般法律原则的“填补空白”或补充性作用的支持。例如，在德国和联合王国关于殖民边界的争端中，仲裁员提及需要“……根据国际公法的原则和实在法规则”来裁决这一争端；“……如果这些原则和规则不能解决问题，则应遵循一般法律原则。”²¹⁴ 在比格尔海峡案中，仲裁院指出：“仲裁院认为，在没有相反的明示规定的情况下，领土的归属必须当然地包括该领土的附属水域——这是一项首要的一般法律原则”。²¹⁵ 同样，宗教财产案的仲裁协议指出“仲裁庭应根据任何适用的条约法审查和解决上述索偿要求；如果不能解决问题，则应遵循一般法律原则及公平原则和规定。”²¹⁶

86. 在帝汶岛案中可以找到“一般原则”被用作解释工具的例证：“解释公约的一般原则要求考虑到缔约方的实际和相互意图，而不是纠缠于它们可能错误使用的不准确的表述或术语”。²¹⁷ 另一个例子是富比尼案，该案涉及某国政府和叛乱运动共存于一国问题；和解委员会在该案中称，“必须通过适用国际法一般原则，来判断这一状况，并确定其对《和平条约》规定的影响”；²¹⁸ 而且，“对于《和平条约》条款的规定，应秉持诚意和依照国际法原则，联系其整体背景加以解释”。²¹⁹

87. 仲裁员运用世贸组织《关于争端解决规则与程序的谅解》第 21 条第 3 款，以确定在有关争端解决方面执行建议和裁判所需的“合理期限”；在此过程中，制定了执行此项任务的“一般原则”。²²⁰ 此外，仲裁员在适用第 21 条第 3 款时，提及世贸组织上诉机构，

该机构“一贯坚持一项原则，即世贸组织所涵盖的协议中的所有条款都是一个条约——马拉喀什《设立世界贸易组织协定》的条款，因此，应以连贯一致的方式对其进行解释，和谐一致地赋予所有适用条款其含义”。²²¹

²¹³ 同上，第 840 页。

²¹⁴ 《鲸湾边界案》(见上文脚注 183)，第 294 页，第三段。

²¹⁵ 《阿根廷与智利关于比格尔海峡的争端，1977 年 2 月 18 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第 53-264 页，见第 145 页。

²¹⁶ 该协定未按照《国际联盟盟约》第 18 条登记，因此提及《宗教财产案(法国、英国、西班牙诉葡萄牙)特别协议，1920 年 9 月 4 日裁定，国际仲裁裁决汇编》，第一卷，第 7-57 页，见第 9 页，第三条。

²¹⁷ 《帝汶岛案(荷兰、葡萄牙)，1914 年 6 月 25 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 481-517 页，见第 507 页(非官方翻译)。

²¹⁸ 《富比尼案》(见上文脚注 173)，第 428 页。

²¹⁹ 同上，第 425 页。

²²⁰ 例如，见《欧共体-冷冻去骨鸡肉的海关分类，ARB-2005-4/21，2006 年 2 月 20 日裁决》，第 49 段。

²²¹ 《美国-某些原产国标签(冷却要求)，ARB-2012-1/26，2015 年 12 月 7 日裁决》，第 110 段。

88. 一些仲裁裁决提到了一般法律原则在宽泛背景下的职能，这可以理解为在适用不同国际法渊源时有助于逻辑、推理和一致性。例如，在巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间仲裁案中，仲裁庭在适用《联合国海洋法公约》分别关于专属经济区和大陆架划界的第七十四条第 1 款和第八十三条第 1 款时指出，这些条款：

事实上允许有关方面宽泛审议条约和习惯法中体现的、与当事方之间划界有关的法律规则，并允许考虑到国际法的一般原则以及国际性法院和法庭的裁决及学者对理解和解释此套法律规则所作的贡献。²²²

89. 在《保护东北大西洋海洋环境公约》案中，仲裁庭提及一般法律原则与有关条约之间的相互关系，表示“《奥胡斯公约》的某些条款可被认为反映或编纂了对当事方具有约束力的习惯做法和国际法一般原则。”²²³ 此外，法庭确认其首要职责是适用《保护东北大西洋海洋环境公约》，继而指出，“如本庭这样的国际仲裁庭，也将适用习惯国际法和一般原则，除非且限于因当事方制定了特别法而例外”。²²⁴

三. 具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭的判例法

90. 本节所述具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭根据各自任务规定，以不同方式提及并适用一般法律原则。本节首先讨论国际刑事法院的判例法，然后讨论前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判例法，最后讨论卢旺达问题国际刑事法庭的判例法。余留机制是为履行前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的余留职能而设立的，其判例法酌情与前南斯拉夫问题国际刑事法庭或卢旺达问题国际刑事法庭的判例法一并审查。适用的国际刑法是由设立这些法庭的法律文书确定的：1998 年 7 月 17 日罗马会议通过、后经修正的《国际刑事法院罗马规约》；安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议通过、后经修正的《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》；安全理事会 1994 年 11 月 8 日第 955(1994)号决议通过、后经修正的《卢旺达问题国际刑事法庭规约》；安全理事会 2010 年 12 月 22 日第 1966(2010)号决议通过的《余留机制规约》。

A. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭

1. 适用的法律渊源和术语

91. 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》没有概述适用国际法渊源的总括性条款，也没有提及一般法律原则，这一点与《罗马规约》第 21 条不相应。然而，法庭的某些基本文书确实提到了一般法律原则，详见下文。

²²² 《巴巴多斯与特立尼达和多巴哥共和国之间的仲裁》(见上文脚注 149)，第 210 页，第 222 段。

²²³ 《根据〈奥斯巴公约〉提起的程序》(见上文脚注 143)，第 121 页，第 12 段。

²²⁴ 同上，第 87 页。另见《德国因对葡萄牙在南部非洲殖民地造成的损失而应承担的责任》(见上文脚注 145)，第 1016 页。

92. 秘书长按照安全理事会第 808(1993)号决议第 2 段提出的报告向安理会通报了设立该法庭的情况。安全理事会认可了这份报告的全部内容。²²⁵ 关于法庭的设立, 报告规定: “该法庭必须参照各国公认的一般法律原则, 自行决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, 心智低能等。”²²⁶ 报告还在判刑方面特别规定:

被告将有资格按照服刑国的法律获得免刑或减刑。如遇这种情况, 有关国家将通知国际法庭, 国际法庭将秉公按照一般法律原则决定此事。²²⁷

93. 此外, 该法庭《规约》第 28 条规定如下:

如果按照监禁已定罪者的国家的适用法律, 被监禁者有资格获得免刑或减刑, 则有关国家应将此通知国际法庭。国际法庭庭长应与各法官协商, 秉公根据一般法律原则决定此事。²²⁸

94. 该法庭的《程序和证据规则》也提及一般法律原则。规则第 89 条规定:

(a) 分庭应适用本节规定的证据规则, 不应受国家证据规则的约束。

(b) 在本节没有另作规定的情况下, 分庭应适用最利于对审理事项作出公正裁断并符合本规约精神和一般法律原则的证据规则。²²⁹

95. 此外, 《余留机制规约》也提及一般法律原则, 与上文法庭《规约》第 28 条类似。《余留机制规约》第 26 条(免刑或减刑)规定如下:

如果按照被前南问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭或余留机制判定有罪者服刑所在国家的适用法律, 服刑者有资格获得免刑或减刑, 则有关国家应将此通知余留机制。只有在余留机制主席为维护司法公正根据法律一般原则决定这样做时, 方可免刑或减刑。²³⁰

96. 该法庭和余留机制(负责履行先前由该法庭和卢旺达问题国际刑事法庭履行的一些基本职能)在提及可能被解释为一般法律原则的内容时, 往往使用了不同的术语。前南斯拉夫问题国际刑事法庭在提及一般法律原则时, 有时使用《国际

²²⁵ 见 S/25704 和 Corr.1。

²²⁶ 同上, 第 58 段(原文无着重标示)。

²²⁷ 同上, 第 123 段。

²²⁸ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》, 安全理事会 1993 年 5 月 25 日第 827(1993)号决议通过, 后经第 1166(1998)、1329(2000)、1411(2002)、1431(2002)、1481(2003)、1597(2005)、1660(2006)、1837(2008)和 1877(2009)号决议修正。

²²⁹ 《程序和证据规则》, 经 2015 年 7 月 8 日修正。

²³⁰ 见安全理事会 2010 年 12 月 22 日第 1966(2010)号决议, 附件 1(《刑事法庭余留事项国际处理机制规约》)。

法院规约》第 38 条意义上的术语或其自身《规约》或《程序和证据规则》中规定的术语，有时则略作修改。²³¹

97. 关于余留机制，主席关于免刑或减刑的裁定经常重复《规约》第 26 条的措辞，例如，曾这样表示：“只有在主席为维护司法公正根据法律一般原则决定这样做时，方可免刑或减刑”。²³² 余留机制主席根据第 26 条，在 *Galić* 案中适用了“一般法律原则”，作出提前释放决定：

此外，[主席]认为，相关的国际法律标准和人权标准强有力地表明，被判处无期徒刑的人并不被排除在考虑提前释放的范围之外。主席认为，司法公正的要求和一般法律原则均支持为那些服无期徒刑的人提供提前获释的可能性。

在这一事项中，在不对其他案件作出预先判断的前提下，为维护司法公正并根据法律一般原则，我认为，一旦 *Galić* 服完其刑期的 30 年最低期，他即有资格提前获释。²³³

98. 关于《程序和证据规则》，该法庭在几项裁判中援引了规则第 89 条(B)款，所采用的表述与该规则中的表述相似。例如，在 *Milutinović* 等人[现为 *Šainović* 等人]案中，审判分庭裁定：

分庭在整个审判过程中适用了《规则》第 89 条以及法庭自成立以来在证据问题上形成的大量判例。在存在空白的情况下，分庭适用了最利于对审理事项作出公正裁断并符合《规约》精神和一般法律原则的证据规则。²³⁴

²³¹ 例如见《检察官诉 Milan Lukić 和 Sredoje Lukić，案件编号 IT-98-32/1-A，对代表 Sredoje Lukić 请求复议上诉分庭 2012 年 12 月 4 日所作判决的动议的更正，2013 年 6 月 25 日，上诉分庭》，第 24 至 26 段；《检察官诉 Milomir Stakić，案件编号 IT-97-24-T，2003 年 7 月 31 日判决书，第二审判分庭》，第 891 段；《检察官诉 Zejnil Delalić 等人，案件编号 IT-96-21-T，1998 年 11 月 16 日判决书，审判分庭》，第 414 段；《检察官诉 Zejnil Delalić 等人，案件编号 IT-96-21，对关于允许证人 K、L 和 M 通过视频链接会议作证的动议作出的裁定，1997 年 5 月 28 日，审判分庭》，第 8 段；《检察官诉 Duško Tadić，案件编号 IT-94-1，对辩护方关于管辖权问题的中间上诉动议作出的裁定，1995 年 10 月 2 日，上诉分庭》，第 41 段；《检察官诉 Duško Tadić(上诉)，案件编号 IT-94-1-A，1999 年 7 月 15 日判决书，上诉分庭》，第 225 段(“世界各国承认的一般法律原则”)；《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人，案件编号 IT-95-16-T，2000 年 1 月 14 日判决书，审判分庭》，第 540 段；《检察官诉 Nikola Šainović 等人，案件编号 IT-05-87-A，2014 年 1 月 23 日判决书，上诉分庭》，第 1 643 段；《检察官诉 Zejnil Delalić 等人(上诉)(“Čelebići 案”)，案件编号 IT-96-21-A，2001 年 2 月 20 日判决书，上诉分庭》，第 583 段(“所有国家承认的一般法律原则”)。

²³² 《检察官诉 Sreten Lukić，案件编号 MICT-14-67-ES.4，主席关于提前释放 Sreten Lukić 的裁定，2019 年 9 月 17 日，余留机制主席》，第 9 段；《检察官诉 Stanislav Galić，案件编号 MICT-14-83-ES，关于提前释放 Stanislav Galić 的裁定，2019 年 6 月 26 日，余留机制主席》，第 11 段。

²³³ 《检察官诉 Stanislav Galić》(见上文脚注 232)，第 16 和 34 段(脚注略)。

²³⁴ 《检察官诉 Milan Milutinović 等人[现为 Šainović 等人]，案件编号 IT-05-87-T，2009 年 2 月 26 日判决书(第 1 卷，共 4 卷)，审判分庭》，第 35 段。

99. 关于提及《国际法院规约》第 38 条意义上的一般法律原则，举例而言，法庭在 *Zejnir Delalić* 等人案中裁定，其规则第 89 条(B)款与第 38 条相似，同时指出，略去关于文明各国承认的措辞并没有产生实质性区别：

规则第 89 条(B)款中的“一般法律原则”这一表述与《国际法院规约》第 38(1)(c)条中的表述类似，但没有最后的“为文明各国所承认者”这几个字，这并不产生实质性区别。对《国际法院规约》第 38(1)(c)条的解释是，其所指的是为所有文明国家国内法所接受的规则。(见 *Guggenheim, 94 Hague Recueil (1958, II)*, 78)。奥本海也认为，“其意图是授权法院适用国内判例法的一般原则，特别是私法的一般原则，只要这些原则适用于国家关系”。²³⁵

100. “刑法一般原则”是该法庭偶尔使用的一个术语。在 *Erdemović* 量刑判决书中，审判分庭采用了与《国际法院规约》第 38 条相似的措辞，认为危害人类罪违反了“源自所有文明国家刑法的刑法一般原则”：

一般而言，危害人类罪被认为是震动集体良知的非常严重的罪行。在纽伦堡审判中，为针对被告的各项指控提供支持的起诉书明确指出，危害人类罪违反了国际公约、国内法以及源自所有文明国家刑法的刑法一般原则。联合国秘书长在其提出《国际法庭规约》的报告中认为，“危害人类罪系指极其严重的不人道行径……。1994 年，国际法委员会申明，“危害人类罪的定义包括性质非常严重的不人道行为……”²³⁶

2. 起源

101. 在法庭的判例中，有许多案例提及源自国家法律体系的一般法律原则。这种提及有时还附有对国家法律体系的调查，调查的范围和程度各不相同，但往往至少在若干大陆法体系和普通法体系之间进行比较。

102. 在 *Furundžija* 案中，审判分庭为确定强奸的定义，调查了各种国家法律体系。审判分庭确定，“在一些国家的国内立法中可以看出一种趋势。即扩大强奸的定义，使其现在包括以前被列为相对较轻罪行的行为，即性侵犯或猥亵”。²³⁷ 审判分庭在审查这一背景下的强奸定义时，研究了与强奸有关的国家法律和判例法，特别是犯罪行为要件、性别考虑、强迫要件、加重处罚因素和量刑等方面。²³⁸ 为此，审判分庭参考了以下内容：智利、中国、德国、日本、南斯拉夫社会主义联邦共和国、赞比亚、奥地利、法国、意大利、阿根廷、巴基斯坦、印度、乌干

²³⁵ 《检察官诉 *Zejnir Delalić* 等人，对关于允许证人 K、L 和 M 通过视频链接会议作证的动议作出的裁定》(见上文脚注 231)，第 8 段。例如另见：《检察官诉 *Milan Lukić* 和 *Sredoje Lukić*》(见上文脚注 231)，第 24 至 26 段；《检察官诉 *Duško Tadić*，对辩护方关于管辖权问题的中间上诉动议作出的裁定》(见上文脚注 231)，第 41 段。

²³⁶ 《检察官诉 *Drazen Erdemović*，案件编号 IT-96-22-T，1996 年 11 月 29 日量刑判决书，审判分庭》，第 27 段(脚注略)。

²³⁷ 《检察官诉 *Anto Furundžija*，案件编号 IT-95-17/1-T，1998 年 12 月 10 日判决书，审判分庭》，第 179 段。

²³⁸ 同上，第 180 段。

达、新南威尔士、荷兰、英格兰和威尔士以及波斯尼亚和黑塞哥维那的法律体系；一部关于南非法律的法律论著；美国向联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议提出的提案。²³⁹

103. 此外，审判分庭确定，从其“对国家立法的调查”中，可以在“大多数法律体系”中找到关于强奸的共同概念：

从我们对国家立法的调查中可以明显看出，尽管不可避免地存在差异，但普通法系和大陆法系的大多数法律体系都认为，强奸是指将阴茎强行插入人体实施性行为或将任何其他物体强行插入阴道或肛门。²⁴⁰

104. 然而，审判分庭还发现，各国法律体系在把强行口部插入式性行为定为刑事犯罪方面存在差异，指出“一些国家将其视为性侵犯，而另一些国家则将其归类为强奸”。鉴于这种情况，审判分庭随后对国际法中的原则进行了评估，指出：

“面对这种缺乏统一性的情况，审判分庭有责任确定可否通过诉诸国际刑法一般原则来达成适当的解决办法，或者，如此种原则不能解决问题，则可否通过诉诸国际法一般原则来达成适当的解决办法。”²⁴¹

105. 审判分庭最终确定了“尊重人类尊严的一般原则”的存在，并以此为依据把强行口交列为强奸：

审判分庭认为，男性性器官强行插入口腔构成对人类尊严极具侮辱性和极有辱人格的攻击。整个国际法以及人权法的实质在于保护每个人的人类尊严，无论其性别如何。尊重人类尊严这一基本原则是国际人道法和人权法的基本基础，实际上也正是其存在的理由；的确，在现代，这一原则已变得极其重要，已遍及整个国际法。这一原则旨在保护人类的人格尊严不受暴行侵害，无论这种暴行是通过非法攻击身体，还是通过侮辱和贬低一个人的荣誉、自尊或伤害其精神健康来实施的。正是依照这一原则，诸如强行口交的极其严重的性暴行应被列为强奸。²⁴²

106. 在 *Kunarac* 等人案中，审判分庭与在 *Furundžija* 案中的做法一样，概要介绍了识别一般法律原则的过程，称之为“对国家体系的一般审查”：

正如在 *Furundžija* 案中所述，在没有关于这一问题的习惯国际法或条约所定国际法的情况下，参照世界主要国家法律体系所共有的一般法律原则，有助于识别关于所界定插入式性行为在何种性质的情形下构成强奸的国际法。此种渊源的价值在于，它们可能揭示了“一般概念和法律机制”，这些概念和制度如广为国家法律体系共有，则揭示了国际上对某个法律问题的处理办法，而该办法可被视为适当表明了有关这一主题的国际法。审判分庭在考虑这些国

²³⁹ 同上，第 180 段。

²⁴⁰ 同上，第 181 段。

²⁴¹ 同上，第 182 段。

²⁴² 同上，第 183 段。

家法律体系时，并不是为了确定大多数法律体系所采用的某一具体法律条款而对世界上的主要法律体系进行调查，而是通过对国家体系的一般审查，考虑是否有可能从这些法律体系中识别出某些基本原则，或用 *Furundžija* 判决书的话来说，识别出有关“共同要素”，其中体现了在国际法中必须采用的原则。²⁴³

107. 在 *Kunarac* 等人案中，审判分庭还把对此种原则的识别(在该案中涉及强奸构成要件)描述为识别“统一各种体系的真正共同要素”，在该案中，“它们共有的基本原则是，如受害人并非真正自愿或同意，则插入将构成强奸”：

如上文所述，在 *Furundžija* 案中，审判分庭考虑了一系列国家法律体系，以便在强奸构成要件方面提供参考。在本案中，审判分庭认为，从整体上看，所调查的法律体系表明，它们共有的基本原则是，如受害人并非真正自愿或同意，则插入将构成强奸。在 *Furundžija* 案中的定义所列明的各种事项——武力、武力威胁或胁迫——肯定是许多法律体系中的相关考虑因素，但该案判决书所提及的所有条款均表明，统一各种体系的真正共同要素可能是一项更广泛或更基本的原则，即对侵犯性自主的行为予以惩罚。²⁴⁴

108. 在 *Kunarac* 等人案中，审判分庭在审查了上文所述 *Furundžija* 案的说理之后，接着指出了它所称的“这些法律体系所真正共有的基本原则”，即“严重侵犯性自主的行为应受惩罚”：

对上述条款的审查表明，前两个标题下提到的因素是导致受害人意志被压抑或导致受害人在非自愿情况下服从有关行为的事项。这些法律体系所真正共有的基本原则是，严重侵犯性自主的行为应受惩罚。如实施对象没有自由同意，或不是自愿参与，则该行为构成对性自主的侵犯。²⁴⁵

109. 此外，上诉分庭在 *Prlić* 等人案的一项证据问题裁定中，为了在交叉盘问的一个方面“根据规则第 89(B)条推断出‘一般法律原则’”，对国家法律体系进行了调查。²⁴⁶ 在此过程中，分庭调查了七个司法管辖区的判例法和立法，得出结论认为，“国内法律体系没有提供多少指导”，“从这一领域的国内实践中无法推断出明显的‘一般原则’”：

上诉分庭在根据规则第 89(B)条解释“规约精神和一般法律原则”时还指出，鉴于手头问题的性质，国内法律体系没有提供多少指导。在非常宽泛的意义上而言，在允许被告人在对自己的审判中依郑重誓愿作证——而不仅仅是作为被告人表达自己的意见——的体系中，诸如 2001 年 12 月笔录这样的文件是不可采纳的，因为不能通过交叉盘问对其进行检验[脚注中援引了美国、加

²⁴³ 《检察官诉 Dragoljub Kunarac 等人，案件编号 IT-96-23-T 和 IT-96-23/1-T，2001 年 2 月 22 日判决书，审判分庭》，第 439 段(脚注略)。

²⁴⁴ 同上，第 440 段。

²⁴⁵ 同上，第 457 段。

²⁴⁶ 《检察官诉 Jadranko Prlić 等人，案件编号 IT-04-74-AR73.6，关于对采纳 Jadranko Prlić 讯问笔录作为证据的裁定提出的上诉的裁定，2007 年 11 月 23 日，上诉分庭》，第 50 段。

拿大和英格兰的法系]。相反,在另外一些体系中,根据某些程序在预审阶段收集的陈述可在审判时以书面形式得到采纳,这些体系通常也不允许被告人在对自己的审判中以证人身份作证——被告人可受到讯问,这一形式并不相当于以郑重誓愿进行的诘问[脚注中援引了法国、奥地利、德国和意大利的法系]。因此,从这一领域的国内实践中无法推断出明显的“一般原则”。²⁴⁷

110. 在 *Halilovic* 案中,上诉分庭描述了言词原则这项“一般原则”的起源,认为它存在于罗马法中,并以各种形式存在于当今的普通法和大陆法中:

上诉人的第二项申诉是,提出证据的方法(直接由律师提交)违反了言词原则,这项申诉是不适当的。当然,有一项一般原则是,在法庭作证的证人应以口头形式作证,而不是将其陈述记录在案。这项原则起源于罗马法关于当事人在法庭上以口头而不是书面形式提交材料的要求,并以各种形式存在于当今的普通法和大陆法中。言词原则及其补充原则,即直接原则,类似于普通法中的传闻证据规则,旨在确保刑事审判的抗辩性以及被告人与控方证人对质的权利。

然而,《规则》所体现的言词原则并不是一种绝对限制,而只不过是构成了对以口头形式提出证据的偏好。²⁴⁸

111. 另一个关于源自国家体系的一般法律原则的例子是 *Tadić* 案,在该案中,上诉分庭认定“法庭《规约》中没有提到法庭有权处理藐视法庭行为”,²⁴⁹ “没有具体的习惯国际法直接适用于这个问题”,²⁵⁰ 继而提及“世界所有主要法律体系所共有的一般法律原则”,指出:

在其他方面,参考在国际判例中得到发展和完善(视情况而定)的、世界主要法律体系所共有的一般法律原则,是有帮助的。从历史上看,藐视法庭法是源自普通法的概念,且至今仍为普通法特有概念。据说大陆法系中不存在关于藐视法庭的一般概念,但许多大陆法体系已经制定立法,规定了产生类似结果的罪行。²⁵¹

112. 上诉分庭随后审查了有关一般法律原则(藐视法庭法)在普通法系和大陆法系司法管辖区的各种表现形式:

尽管藐视法庭法现已在联合王国部分编纂成文,但在普通法系中,处理藐视法庭行为的权力基本上仍然属于高等存卷法院的固有管辖权一部分,而不是以成文法为依据。另一方面,在大陆法系中,对干扰司法行为所实行的类似

²⁴⁷ 同上。

²⁴⁸ 《检察官诉 Sefer Halilović(中间上诉)》,案件编号 T-01-48-AR73.2,关于就采纳直接由律师提交的被告人面谈记录提出的中间上诉的裁定,2005年8月19日,上诉分庭》,第16-17段。

²⁴⁹ 《检察官诉 Duško Tadić(藐视法庭)》,案件编号 IT-94-1-A-R77,关于指控前律师 Milan Vujin 藐视法庭的判决书,2000年1月31日,上诉分庭》,第13段。

²⁵⁰ 同上,第14段。

²⁵¹ 同上,第15段(脚注略)。

控制完全是以成文法为依据的，一般而言，成文法条款规定了狭义的罪行，用于处理已经或将会阻碍法院管辖权的经明确界定的行为。²⁵²

113. 上诉分庭在作出后一项认定时，对不同法律体系进行了调查，详细阐述了各国刑法典和刑法对这一原则的处理情况，具体如下：

例如，《德国刑法典》把煽动证人作出虚假陈述的人作为主犯予以惩处(第 26 章，第 153 条)。《中华人民共和国刑法》对引诱证人作伪证的人予以惩处(第 306 条)。《法国新刑法典》对迫使证人提供虚假证据或迫使证人不提供真实证据的人予以惩处(第 434-15 条)。还有更具一般性的成文法条款，处理诸如控制听讯(*police de l'audience*)、“冒犯”(outrages)、在听讯期间所犯罪行(例如 *delits d'audience*)以及发表倾向于向证人的证言或任何法院的裁定施加压力(*pression*)的评论。《俄罗斯刑法典》对任何形式以阻挠司法实施为目的的干扰法院活动的行为予以惩处(第 294 条)，并规定了更具体的罪行，例如伪造证据(第 303 条)。²⁵³

114. 审判分庭在 *Kupreškić* 等人案判决书中提及“源自世界各主要刑法体系共同内容的刑法一般原则”：

审判分庭认为，现在可以就有关问题达成令人满意的法律解决办法。“危害人类罪”这一法律概念现已牢固地植根于实在国际法，其法律轮廓勾勒清晰，其合法性不再受到怀疑；特别是，适用这一概念并不引起追溯性刑法的问题。国际刑法的一般原则，一旦通过构建、归纳或逻辑推理提炼出来，也可作为依据。此外，现在很清楚的是，为了填补习惯国际法和条约所定国际法中可能存在的空白，国际上的和国内的刑事法院可以借鉴源自世界各主要刑法体系共同内容的刑法一般原则。²⁵⁴

115. 审判分庭在评审中指出，国家立法和司法裁判都是开展这项工作时需要审查的相关材料。审判分庭确定，在借鉴“国内法以填补《规约》或习惯国际法中可能存在的空白时”，它可能不得不“仔细研读并依据国家立法或国家司法裁判，以确定是否出现了世界所有主要体系所共有的刑法一般原则”。²⁵⁵

116. 此外，在 *Tadić* 案中，审判分庭在裁定一项要求采取措施保护受害人和证人的动议时，审查了一些国家立法和刑法典中的“国内法院刑事诉讼原则”：

防止向公众披露受害人和证人身份的措施也符合国内法院的刑事诉讼原则。国内判例法日益承认，当涉及特殊利益时，有必要保护受害人和证人的身份、不向公众披露。一些英美法系国家允许不向公众披露与某些受害人和证人有关的身份识别信息。联合国禁止向公众披露性侵犯案件中原告的身份信息，

²⁵² 同上，第 17 段(脚注略)。

²⁵³ 同上，脚注 20。

²⁵⁴ 《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人》(见上文脚注 231)，第 677 段。

²⁵⁵ 同上，第 539 段(脚注略)。

包括任何静态照片或动态影像，除非法院酌情另行决定。(1976年《性犯罪法案》(修正案)第4节)加拿大法律保证在向法院提起诉讼时即不会向公众透露姓名。(《加拿大刑法》第442(3)节)在澳洲昆士兰州，1989年《证据法》(修正案)(昆士兰州)容许在“特别证人”作证期间提供额外保护，包括禁止公众和/或被告或其他被点名人士进入法庭。(钦金教授的诉讼要点在第4-6段)南非法律还规定，如果证词可能造成伤害，则在一定时期内不得披露刑事诉讼中证人的身份(《南非刑事诉讼法》51/1977，第153(2)(b)节)，并规定在性侵犯案件受害人作证期间关闭审判室。²⁵⁶

117. 在 *Gotovina* 等人案中，上诉分庭提到当事各方“广泛参考国家判例法”，认为“简要概览关于律师在国家司法管辖区中忠于前客户的义务的基本原则很有启发性”。在这方面，审判分庭审查了美国、联合王国、波斯尼亚-黑塞哥维那和法国的法律制度以及欧洲律师行为守则和《克罗地亚律师道德守则》。²⁵⁷

118. 在 *Krstić* 案的上诉判决中，上诉分庭在宣布与从犯和教唆犯的必要条件即犯罪意图有关的原则时，考虑了“许多国内司法管辖区”的情况和国际司法机构的判例：

许多国内司法管辖区，不论属普通法系还是大陆法系，均对从犯的犯罪意图采取相同做法，并经常明示地将其适用于禁止灭绝种族罪。例如，根据法国法律，从犯人只需知道其在协助主犯即可，这项一般要求被用于具体禁止灭绝种族罪。德国法律同样要求，在强制要求展示特定意图(特殊目的)的罪行中，从犯不需要拥有与主犯相同程度的犯罪意图，只需知道主犯的意图即可。这条一般原则适用于德国《违反国际法罪行法典》第6节中关于禁止灭绝种族罪的规定。瑞士刑法采取了同样的立场，认为知道另一人的具体意图就足以判定被告实施了从犯行为。在普通法司法管辖区中，英国的刑法亦采用同样的做法，具体规定从犯只须知道主犯意图即可。这条一般原则同样适用于英国国内法对种族灭绝罪的禁止。加拿大和澳大利亚，以及美国的某些司法管辖区，一直沿用英国对从犯和教唆犯案件中的犯罪意图要求的办法。²⁵⁸

119. 此外，还有一些提到了似乎取自国际法体系的原则的情况。在某些案件中，分庭提到国内和国际法体系都是某项原则的起源。例如，在 *Čelebići* 案中，上诉分庭提到“国内和国际法体系”中的司法独立原则，指出：

毫无疑问，司法独立和公正的原则是国际法和国内法的根基。它们不仅在许多国际和区域文书(包括《世界人权宣言》和《公民及政治权利国际公约》)中得到体现，而且在《法庭规约》本身中也有体现，其中第12条要求分庭由独立

²⁵⁶ 《检察官诉 Duško Tadić》，案件编号 IT-94-1，关于检察官要求对受害人和证人采取保护措施的分庭裁定，1995年8月10日，审判分庭》，第39段。

²⁵⁷ 《检察官诉 Ante Gotovina 等人》，案件编号 IT-06-90-AR73.2，关于 Ivan Cermak 对审判分庭关于 Cedo Prodanovic 和 Jadranka Slokovic 两位律师利益冲突的裁定所提中间上诉的裁定，2007年6月29日，上诉分庭》，第44-47段。

²⁵⁸ 《检察官诉 Radislav Krstić》，案件编号 IT-98-33-A，2004年4月19日判决书，上诉分庭》，第141段(脚注略)。

法官组成，第 13 条要求法官不偏不倚。上诉分庭的判例强调了司法独立的根本重要性。判例也承认，国内和国际体系中的司法独立原则通常要求那些行使司法权的人或机构不同时行使这些体系的行政或立法部门的权力。²⁵⁹

120. 此外，上诉分庭在该案中单独讨论了它所称的国际人道法背后的“基本人道主义原则”，但没有明确说明这些原则属于哪个国际法渊源：

无可争辩的是，规定了强制性规则的最低核心内容的共同第 3 条反映了作为整个国际人道法基础、也是全部日内瓦四公约所依据的基本人道主义原则。这些原则的目的是尊重人的尊严，它们因几个世纪来的战争而得到制定，在日内瓦四公约通过之时已经成为习惯法，因为它们反映了最普遍公认的人道主义原则。这些原则被编入共同第 3 条，构成适用于内部冲突的最低核心内容，但这些原则极具根本性，因此被认为既适用于国内冲突也适用于国际冲突。用红十字国际委员会的话说，共同第 3 条的目的是“确保尊重所有文明国家都认为在任何地方、任何情况下均有效并超越战争本身的几条基本人道规则”。因此，可以认为这些规则是全部日内瓦四公约中人道主义规则的“精华”。

国际法院认为，正是这些原则体现了在任何情形下都适用的根本人道标准。²⁶⁰

121. 此外，上诉分庭提及适用于内部冲突的规则背后的所谓“基本标准”以及“所有文明国家”对它们的考虑，并参照某些国际法律文书，规定这些规则也可适用于具有国际性质的冲突：

“人权法和人道法[……]均以对人的尊严的关注为出发点，这构成了人类基本最低标准清单的基础。红十字国际委员会关于附加议定书的评注提到了它们的共同点……。世界性和区域性人权文书及日内瓦四公约共有基本标准的共同“核心”……。这两套法律中出现的这些基本标准的目的是保护人免受所有文明国家认为在任何情形下都不可接受的某些可憎行为侵害”。²⁶¹

122. 在 Kupreškić 案中，审判分庭在描述与一般原则有关的国际和其他司法先例时规定，“可以在国际性法院或国家法院作出的一系列司法裁判中纳入并细述一般原则，从而逐渐使之定型明晰化”，分庭裁定：

鉴于实质性和程序性刑法在国际法中仍处于初级阶段，法庭需要借鉴司法裁判是必然的预期。特别是，关于这一问题的条约规定相对较少。相比之下，特别是在第二次世界大战之后，关于国际罪行的判例法蓬勃发展。同样，这是完全可以理解的发展：各国传统非常多样且往往相互冲突，国际立法者很

²⁵⁹ 《检察官诉 Zdravko Delalić 等人(上诉)(“Čelebići 案”))》(见上文脚注 231)，第 689 段(脚注略)。例如另见：《检察官诉 Nikola Šainović 等人》(见上文脚注 231，第 1643 和 1662 段；《检察官诉 Astrit Haraqija 和 Bajrush Morina，案件编号 IT-04-84-R77.4，对藐视法庭指控的判决书，2008 年 12 月 17 日，第一审判分庭》，第 23 和 38-39 段；《检察官诉 Jadranko Prlić 等人》(见上文脚注 247)，第 50-55 段。

²⁶⁰ 《检察官诉 Zdravko Delalić 等人(上诉)(“Čelebići 案”))》(见上文脚注 231)，第 143-144 段(脚注略)。

²⁶¹ 同上，第 149 段(脚注略)。

难通过采用能够适当考虑这些传统的一般性规则，在刑法和刑事程序领域对这些传统进行调和。相比之下，可以在处理具体案件的国际性法院或国家法院所作出的一系列司法裁判中纳入并细述一般原则，从而逐渐将之定型明晰化。既然如此，合乎逻辑的推论便是国际法院应高度依赖此种判例。²⁶²

123. 审判分庭在对 Karadžić 等人案的一项裁定中也提及“国际人道法的一般原则”影响其惩罚办法，“特别是源自纽伦堡和东京的先例”以及“国家法院作出的若干裁判重申并在若干国家和国际法律文书中采用的掌权者个人刑事责任原则”。²⁶³ 审判分庭随后在审议刑事责任时使用了这些原则，指出“根据上述原则，即使个人在仅在事实上处于权威地位——无论是作为军事指挥官、领导人还是政府官员——也不能因其官方身份而免除其刑事责任，且往往还会因此加重其刑事责任”。²⁶⁴

3. 承认

124. 有时，该法庭所要求的承认的范围和程度相对较广。例如，Tadić 案的上诉分庭指出，需要“大多数，乃至所有国家”采用相同的概念，才能使一般法律原则得到充分承认：

在所讨论的领域，根据世界各国承认的一般法律原则的理论，不能依赖国家立法和判例法作为国际原则或规则的来源：要允许这种依赖，就必须表明大多数(如果不是所有)国家采用了相同的共同目标概念。²⁶⁵

125. 同样，在 Šainović 等人案中，关于从犯和教唆犯责任，上诉分庭参照“各国承认的一般法律原则学理”，采取了类似的“大多数，乃至所有国家”做法：

上诉分庭现在转向关于从犯和教唆犯责任要素的国内法。上诉分庭首先回顾指出，根据各国承认的一般法律原则学理，在有限情况下可以依据国家立法和判例法作为国际原则或规则的一个渊源。然而，只有在表明大多数，乃至所有国家接受并采用相同的办法处理所涉概念时才可用此依据。更具体地说，有必要表明世界主要法律体系对该概念采取了相同的办法。²⁶⁶

126. 上诉分庭进一步将对一般原则的承认描述为在“审查国内法”之后“从世界主要法律体系”提取到的共同原则：

在对国内法进行审查后，上诉分庭认为，就“具体指令”的概念而言，情况并非如此。具体而言，鉴于各国家司法管辖区在从犯和教唆犯责任方面的差异，上诉分庭认为，无法从世界主要法律体系中提取到这方面的明确共同原

²⁶² 《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人》(见上文脚注 231)，第 537-538 段。

²⁶³ 《检察官诉 Radovan Karadžić 等人，案件编号 IT-95-5-D，1995 年 5 月 16 日裁定，审判分庭》第 23 段。

²⁶⁴ 同上，第 24 段。

²⁶⁵ 《检察官诉 Duško Tadić (上诉)》(见上文脚注 231)，第 225 段。

²⁶⁶ 《检察官诉 Nikola Šainović 等人》(见上文脚注 231)，第 1 643 段(脚注略)。

则。作为一个共同基础，国家立法和国内法院判例均要求，只有提供了便利犯罪的协助或支持才会产生从犯责任。然而，各国家司法管辖区根据各自法律体系中的原则，结合犯罪行为 and 所需犯罪意图程度，以各种不同的方式确立协助行为与罪行之间的联系的概念。²⁶⁷

127. 在 *Krstić* 案中，上诉分庭讨论了“卢旺达问题国际刑事法庭和许多国家司法管辖区”中的承认。上诉分庭指出：

关于所指控罪行的严重性，正如上诉分庭最近在瓦西列维奇案中确认的那样，从犯和教唆犯作为一种责任形式，通常比共犯责任获刑低。卢旺达问题国际刑事法庭和许多国家司法管辖区也承认这一原则。²⁶⁸

128. 在缺乏先前判例以及出现关于一名上诉人死亡之后、上诉判决发布之前审判判决终局性这一“全新问题”的背景下，迪利奇案的上诉分庭提及“大多数管辖区”，并援引了一般法律原则。上诉分庭认为：

本法庭没有与手头事项直接相关的判例。鉴于这些情况，同时考虑到该问题的全新性，上诉分庭认为简要概览其他司法管辖区的有关条文和判例具有启发性。²⁶⁹

上诉分庭随后审查了普通法法律体系和大陆法法律体系，²⁷⁰ 发现“没有任何一条一般原则在大多数司法管辖区得到始终如一的遵循”：

……概览表明，在诉讼程序因一名上诉人死亡而终止的情况下，就审判判决的终局性而言，没有任何一条一般原则在大多数司法管辖区得到始终如一的遵循。由于这个原因，同时考虑到本法庭的具体现实和所面临的特殊程序，上诉分庭无法找到任何普遍办法，更无法确定任何直接适用于所审议情况的习惯国际法规则。²⁷¹

129. 在 *Milošević* 案中，上诉分庭在审议自我辩护权时提及“世界各地司法管辖区”对该权利的承认，并审查了国内法和战争罪行法庭先例：

虽然这项自我辩护权是无可争辩的，但世界各地的司法管辖区都承认这项权利并非绝对不可侵犯。在 *Faretta* 案中，美国最高法院指出，由于“自我辩护权不是冒犯法庭尊严的许可证”，初审法官“可以终止故意实施阻挠性严重不当行为的被告的自我辩护”。英格兰、苏格兰、加拿大、新西兰和澳大利亚认识到该权利这一同样的基本或有性，都制定了一项原则，即为了保护处境脆弱的证人免受创伤，法院可以严格限制被告在性侵犯案件审判中为自

²⁶⁷ 同上，第 1644 段(脚注略)。

²⁶⁸ 《检察官诉 Radislav Krstić》(见上文脚注 258)，第 268 段(脚注略)。

²⁶⁹ 《检察官诉 Rasim Delić》，案件编号 IT-04-83-A，关于诉讼结果的裁定，2010 年 6 月 29 日，上诉分庭》，第 10 段。

²⁷⁰ 同上，第 11-12 段。

²⁷¹ 同上，第 13 段。

已辩护的权利。苏格兰甚至禁止此类被告亲自进行任何部分的辩护。虽然本上诉分庭以前没有就这一问题作出裁定，但当代战争罪行法庭现有的先例一致认为，自我辩护权“是一项有条件的权利，不是一项绝对的权利”。²⁷²

130. 在其是否与一般法律原则保持一致方面，该法庭有时提及在其自己的判例中采取的一种办法。可以用 *Blaškić* 案说明这一点，审判分庭在该案中确定：

审判分庭同意从法庭判例法得出的观点，即个人可能需要为其参与触犯规约第 7(1)条中任何个人刑事责任条目下的罪行负责。这种办法符合刑法和习惯国际法的一般原则。²⁷³

131. 该法庭同样“作为一般原则”回顾了它自己先前的判例。例如，上诉分庭在 *Kupreškić* 等人案中裁定：

上诉分庭牢记，在确定审判分庭的认定是否合理时，其‘不会轻易干涉审判分庭的事实认定’。上诉分庭回顾了其作为一般原则在 *Kupreškić* 案中采取的办法，其陈述如下：

根据法庭的判例，听讯、评估和权衡审判中提出的证据的任务主要留给审判分庭。因此，上诉分庭必须对审判分庭作出的事实认定给予一定的尊重。只有在审判分庭所依赖的证据不能被任何合理的事实裁判席接受，或者对证据的评估‘完全错误’的情况下，上诉分庭方可用自己的事实认定取代审判分庭的事实认定。²⁷⁴

132. 在 *Čelebići* 案中，上诉分庭承认“所有法律体系都承认的”某些一般法律原则：

“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、强奸和无人道待遇等行为都属犯罪行为。因此，在考虑在本案中适用法无明文不为罪原则时，应考虑到《公民及政治权利国际公约》第十五条第 2 款所载的限制规定。这项原则的目的本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刑罚。而声称被告当时不会认识到起诉书中指控的行为的犯

²⁷² 《检察官诉 Slobodan Milošević》，案件编号 IT-02-54-AR73.7，关于对审判分庭指派辩方律师的裁定所提中间上诉的裁定，2004 年 11 月 1 日，上诉分庭》，第 12 段(脚注略)。例如，另见《检察官诉 Vlastimir Đorđević》，案件编号 IT-05-87/1-A，2014 年 1 月 27 日判决书，上诉分庭》，第 17-20 段；《检察官诉 Nikola Šainović 等人》(见上文脚注 231)，第 23 段；检察官诉 *Ljube Bošković* 和 *Johan Tarčulovski*，案件编号 IT-04-82-A，2010 年 5 月 19 日判决书，上诉分庭》，第 14 段。

²⁷³ 《检察官诉 Tihomir Blaškić》，案件编号 IT-95-14-T，2000 年 3 月 3 日判决书，审判分庭》，第 264 段(脚注略)。

²⁷⁴ 《检察官诉 Tihomir Blaškić(上诉)》，案件编号 IT-95-14-A，2004 年 7 月 29 日判决书，上诉分庭》，第 17 段(援引《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人(上诉)》，案件编号 IT-95-16-A，2001 年 10 月 23 日上诉判决，上诉分庭)，第 30 段)(脚注略)。

罪性质是难以令人相信的。至于他们未能预见会设立一个国际法庭作为起诉场所，这并不重要”。²⁷⁵

133. 在 *Kupreškić* 等人案中，上诉分庭提及“世界各地国内刑法体系”的承认，然后审查了普通法法系和大陆法法系。

然而，上诉分庭指出，合理断案的审判分庭必须考虑到与特定案件中的识别证据相关的困难，必须仔细评估任何这样的证据，然后才能将其作为予以定罪的唯一依据加以接受。世界各地的国内刑法体系都承认，在根据证人在困难情况下提供的识别证据对被告定罪之前，必须极为谨慎。这些司法管辖区制定的原则承认人类认知的薄弱性和一非常严重的风险，即，在没有充分机会核实其观察结果的情况下依赖哪怕最有信心的证人对被告的声称指认，也可能导致司法不公。²⁷⁶

134. 在国际承认方面，在 *Blagojević* 和 *Jokić* 案中，审判分庭提及“全球一级的国际公认规范和原则”。审判分庭还讨论到，必须“辨别惩罚的基本原则和理由”，以回应“国际社会……的需要”：

法庭在适用国际法时，亦必须充分考虑其适用全球一级的国际公认规范和原则的影响。因此，审判分庭必须根据其确保维护国际刑法目的和原则的责任来考虑其对被告人的义务。在惩罚方面这项任务尤其棘手。粗略地回顾一下惩罚的历史，就会发现惩罚的形式反映了特定时代特定社会的规范和价值观。本审判分庭必须弄清惩罚的基本原则和理由，以同时满足前南斯拉夫社会和国际社会的需要。²⁷⁷

135. 同样，关于国际承认，在 *Erdemović* 案中，审判分庭在量刑时提到了“国际社会公认的对危害人类罪判处最严厉刑罚的一般法律原则”：

总之，审判分庭认为，提及前南斯拉夫法庭适用的监禁量刑惯例，实际上是反映了国际社会承认的一般法律原则，即可对危害人类罪处以最严厉的刑罚。在实践中，这一提及意味着在前南斯拉夫领土上犯下罪行的所有被告都将被追究刑事责任。任何被告都不能声称，在犯罪发生时，他不知道其行为的犯罪性质及其所面临刑罚的严厉程度。只要有可能，国际法庭会审查前南斯拉夫的有关法律上的做法，但国际法庭对属其管辖权的罪行确定惩罚和判处刑期不会以任何方式受到这些法律上的做法的约束。²⁷⁸

²⁷⁵ 《检察官诉 Zdravko Delalić 等人(上诉)(“Čelebići 案”)》(见上文脚注 231)，第 179 段(援引一审判决)(脚注略)。

²⁷⁶ 《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人(上诉)》(见上文脚注 274)，第 34 段。

²⁷⁷ 《检察官诉 Vidoje Blagojević and Dragan Jokić，判决书，案件编号 IT-02-60-T，2005 年 1 月 17 日判决书，第一审判分庭》第 816 段(虽然判决书在许多情况下也提及习惯国际法)。另见《检察官诉 Momir Nikolić，案件编号 IT-02-60/1-S，2003 年 12 月 2 日量刑判决书，审判分庭》，第 84 段。

²⁷⁸ 《检察官诉 Drazen Erdemović》(见上文脚注 236)，第 40 段。

136. 审判分庭在其他案件中也提到了“国际社会”的承认，称“还可以按照上诉分庭的建议，接受一个观点，(若借用《公民及政治权利国际公约》的措词加以表述)即，‘根据国际社会承认的一般法律原则，这些行为是犯罪’”。²⁷⁹

137. 在 *Kordić 和 Čerkez* 案中，上诉分庭提及“国家法律体系和国际司法管辖机构确立的先例”的承认：

检方指出，该名证人先前的庭外供词是应被告的要求而在 *Blaškić* 案中被接受为证据的。在该案中，审判分庭审议了“适当司法的需要和公正审判的要求”，以及“在国家法律体系中和在国际司法管辖机构确立的先例中都承认的口头发证词和交叉盘问原则的例外，包括与接受已故证人陈述有关的例外”。²⁸⁰

138. 在 *Blaškić* 案中，审判分庭确认，鉴于证人口述证词原则的例外“为不同的国家法律体系和国际法体系所接受”，审判分庭不得不考虑该例外，即便就给予其何等权重行使了自由裁量权：

审判分庭面临将一名已故证人的陈述接受为证据的问题，该陈述是在向检察官的调查人员宣誓后作出的。法官认为这显然是不同国家法律体系和国际法体系所接受的证人口述证词(特别是交叉盘问的证人口述证言)原则的例外之一，因此他们接受上述陈述为证据，但保留适时给予其适当权重的权利。²⁸¹

139. 在 *Hartman* 案中，上诉分庭驳回了上诉人的诉求，即“本案的审判分庭没有注意到[一个]反映了国际法一般原则的具有约束力的先例”。²⁸² 上诉分庭确定，关于“所谓审判判决与欧洲人权法院承认的表达自由原则不一致”的问题，审判分庭不受这些原则的约束：“上诉分庭不受区域或国际性法院所作认定的约束，因此不受欧洲人权法院判例的约束”。²⁸³

140. 有时，提及载有某些原则的国际文书。在 *Blaškić* 案中，审判分庭提及“一般法律原则”，包括被告享有获得不过份迟延的审判的权利，具体如下：

考虑到法官乃个人自由之担保人，其必须审查根据一般法律原则(包括被告不过分延迟地、即在合理期限内获得审判的权利)在其看来过分的审前羁押的后果(参见《规约》第 21.4(c)条和欧洲《保护人权与基本自由公约》第 5.3 条……。

……

²⁷⁹ 《检察官诉 Mitar Vasiljević》，案件编号 IT-98-32-T，2002 年 11 月 29 日判决书，第 199 段(脚注略，该脚注援引《公民及政治权利国际公约》第 15 条第 2 款)。

²⁸⁰ 《检察官诉 Dario Kordić 和 Mario Čerkez》，案件编号 IT-95-14/2-AR73.5，关于就一名已故证人陈述所提上诉的裁定，2000 年 7 月 21 日，上诉分庭》第 14 段。

²⁸¹ 《检察官诉 Tihomir Blaškić》(见上文脚注 273)，第 36 段(脚注略)。

²⁸² 《检察官诉 Florence Hartmann》，案件编号 IT-02-54-R77.5-A，2011 年 7 月 19 日判决书，上诉分庭》，第 120 段。

²⁸³ 同上，第 159 段。

因此,考虑到根据国际原则,特别是根据委员会和欧洲法院所解释的欧洲《公约》的原则,对被告的预防性羁押不超过合理期限[。]²⁸⁴

4. 移置

141. 在所调查的判例法中,虽然只有少数明示提及移置问题,但在更广泛的案例中讨论了一般法律原则可否移置到国际法体系的问题。

142. 在 *Furundžija* 案中,审判分庭告诫在考虑“世界上所有主要法系共有的”一般法律原则时不要“机械式地移置”国内法概念,而是呼吁“在利用国内法概念时考虑到国际刑事诉讼的特定性”:

凡遇国际刑法规范未对一刑法概念作出界定,即有理由援引国家立法,但须符合以下条件:(一)除非有国际规则指明,否则不应只提及某一国家法律体系,例如普通法系或大陆法系国家的法律体系。相反,国际性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。这项工作的前提是找出这些法律体系中的共同要素,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有别于国家刑事诉讼的特征”,因此在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移置于国际刑事诉讼,以及由此造成对这类诉讼程序特定性的扭曲。²⁸⁵

143. 在 *Kupreškić* 等人案中,审判分庭也呼吁采取类似的谨慎态度。审判分庭表示,“必须始终牢记将国内法原则照搬照套地纳入该国际法庭适用的独特国际刑法体系的危险”。²⁸⁶

144. 在 *Blaškić* 案中,审判分庭还明示提及移置。审判分庭指出,与国家法律有关的一般法律原则“在原则上不得移置于国际刑法”,并裁定如下:

考虑到审判分庭将首先结合此案事实,根据对《规则》第 65 条的分析和防范性羁押须遵循的原则审查该法律论点,然后再审查辩方援引的其他论点;
.....

考虑到《国际法庭规约》案文的文字和精神都要求将羁押被告作为法律原则,释放则是例外;事实上,国际法庭所起诉罪行的严重性不容许存在进行另一种解释的余地,即使这种解释所依据的是关于国内法有关适用规定的一般法律原则,何况此种原则在原则上也不能移置于国际刑法。”²⁸⁷

145. 在其他案件中,该法庭没有提及移置,但用其他表述讨论了国内法原则在国际一级的适用性。例如,在 *Tadić* 案中,上诉分庭提及“在国际判例中发展和

²⁸⁴ 《检察官诉 *Tihomir Blaškić*, 案件编号 IT-95-14, 驳回临时释放动议的命令, 1996 年 12 月 20 日, 第一审判分庭》。

²⁸⁵ 《检察官诉 *Anto Furundžija*》(见上文脚注 237), 第 178 段。

²⁸⁶ 《检察官诉 *Zoran Kupreškić* 等人》(见上文脚注 231), 第 677 段。

²⁸⁷ 《检察官诉 *Tihomir Blaškić*, 驳回临时释放动议的命令》(见上文脚注 284)。

完善(具体视情况而定)的世界所有主要法系共有的一般法律原则”。²⁸⁸ 上诉分庭进一步阐述了国际性法院在国际判例中为发展和完善一般法律原则发挥的作用,指出:

这并不是说法庭处理藐视法庭或干预司法的行为的权力在任何情况下都与国内法院相同,因为法庭作为国际性法院的管辖权必须考虑到其所处的在国际社会基本架构内的不同背景。²⁸⁹

146. 在 *Delalić* 等人案中,审判分庭确定,国内层面和国际层面上的法无明文不为罪原则“在适用和标准方面”是不同的:

国家刑事司法体系中的定罪过程取决于规定某行为属违禁的时间及此种禁令内容的立法,而国际刑事司法体系则通过条约或公约,或依据各国单方面执行禁令的习惯做法,实现同样的目的。

因此可以推定,国际刑法中的罪刑法定原则在适用和标准方面不同于与其相关的各国家法律体系。前者似有鲜明的独特性,因为其目的显然是要保持一种平衡,即一方面要维护对被告的正义及公平,另一方面要考虑到维护世界秩序。²⁹⁰

147. 与此相关,在 *Delalić* 案中,上诉分庭后来指出,国际法决定国内法在国际层面上的效力。上诉分庭表示:“国内法在国际层面上的效力由国际法决定,这是国际法的一项既定原则。”²⁹¹

148. 在 *Tadić* 案中,审判分庭表示,尽管不得被剥夺向法院申诉权原则出现在一些国家的宪法中,但就安全理事会的权力而言“并不适用”:

还提到了不得被剥夺向法院申诉权原则,这是一些国家宪法的规定。但是,如果这项原则要求被告须由常规法院审判,而不是由为该特定目的设立的某个特别法庭审判,即事关安全理事会根据《联合国宪章》第七章行使其被赋予的权力问题时,则这一原则并不适用。²⁹²

149. 关于法庭必须“依法设立”的原则,在 *Tadić* 案中,上诉分庭的结论是,虽然法庭必须依法设立的原则是“一般法律原则”,但即便“在国家法律体系的范围”内适用,也不可移置,即不适用于“国际性法院”:

……上诉人没有使本分庭信纳,这三项公约中规定的要求不仅必须适用于国家法律体系,而且也必须适用于在国际性法院进行的诉讼。不过,本分庭信纳,如下所述,必须依法设立法庭的原则是一般法律原则,规定了一项只适

²⁸⁸ 《检察官诉 *Duško Tadić*(藐视法庭)》(见上文脚注 249), 第 15 段。

²⁸⁹ 同上, 第 18 段。

²⁹⁰ 《检察官诉 *Zejnir Delalić* 等人》(见上文脚注 231), 第 404 和 405 段。

²⁹¹ 《检察官诉 *Zejnir Delalić* 等人(上诉)(“*Čelebići* 案”))》(见上文脚注 231), 第 76 段。

²⁹² 《检察官诉 *Duško Tadić*, 案件号 IT-94-1, 对辩方就管辖权提出的动议所作裁定, 1995 年 8 月 10 日, 审判分庭》, 第 37 段。

用于国内刑事司法的国际义务。根据这一原则，所有国家都有责任以某种方式组织其刑事司法体系，以确保所有个人的一项权利得到保障，即其所受刑事指控须由依法设立的法庭裁断。但另一方面，这并不意味一个国际性刑事法院可由若干国家政府随心所欲地设立。此类法院应该基于法治，并提供有关国际文书所规定的所有保障。这样才能说该法院是“依法设立的”。²⁹³

150. 上诉分庭特别结合分权问题，拒绝接受该原则“在国际法背景下”的适用性，理由是国际权力分配的结构不同：

很明显，大多数国内法体系基本遵循的立法、行政和司法权力分立并不适用于国际环境，更具体地说，并不适用于联合国这样的国际组织的环境。在联合国的主要机关之间，司法、行政和立法职能的划分并不明确。关于司法职能，国际法院显然是“主要司法机关”。然而，联合国系统没有严格意义上的立法机构，广义上说，没有国际社会的议会。也就是说，机构中没有获得正式授权的机关来制定对国际法律主体具有直接约束力的法律。

显然不可能按照上文所述存在于各国国内法中的分权方式对联合国各机关进行划分。甚至上诉人也赞同，联合国依宪章所设的根本结构不遵循国家宪法中经常出现的权力分配。因此，法庭必须“依法设立”这一要求中的权力分配要素在国际法背景下并不适用。上述原则只能对各国规定一项在其本国国内体系运作方面的义务。²⁹⁴

151. 然而，同样是关于法庭必须依法设立的原则，上诉分庭表示，如结合法治进行考虑，则这一原则可以在国际法背景下适用。上诉分庭在解释时也提及国际文书，并得出结论认为，就法治概念而言，该法庭确实是“依法设立的”确实：

对本国际法庭必须“依法设立”这一要求的第三种可能解释是，必须依法设立本国际法庭。这似乎是该表述在国际法中最合理和最有可能的含义。要依法设立像本法庭这样的法庭，则必须按照适当的国际标准加以设立；还必须充分按照国际公认的人权文书，提供公平、正义和不偏不倚性方面的所有保障。

对“依法设立”法庭的保证的这一解释基于对《公民及政治权利国际公约》的分析。

.....

也是出于对特别法庭的关切，即担心其运作方式使得在法庭接受审判的个人无法获得公正审判的基本保障，联合国人权事务委员会对《公民及政治权利国际公约》第十四条第一款所载“法定[依法设立]”一词作出了解释。

²⁹³ 《检察官诉 *Duško Tadić*，对辩方就管辖权提出中间上诉的动议所作裁判》(见上文脚注 231)，第 42 段。

²⁹⁴ 同上，第 43 段。

审查本国际法庭的《规约》以及根据《规约》通过的《程序和证据规则》后可得出结论，本国际法庭是依法设立的。²⁹⁵

5. 功能及与其他国际法渊源的关系

(a) 功能

152. 在 *Kupreškić* 等人案，中审判分庭规定，为解决问题，在没有其他国际法渊源可依的情况下，一般法律原则具有填补空白的功能。虽然在该案中得出的结论是，不存在关于改变事实法律性质的“世界所有主要法系共有的刑法一般原则”，²⁹⁶ 但审判分庭仍然裁定，一般来说，该法庭法律框架中的空白可以通过参照一般法律原则来填补，表示：“必要时，审判分庭应利用这些原则来填补本国际法庭《规约》和习惯法中的任何空白”。²⁹⁷ 审判分庭进一步细述了一般法律原则填补空白的功能，指出在这方面，一般原则既可以适用于主要方面(裁断主要问题)，也可以适用于附带方面(涉及该法庭的附带管辖权)：

因此，本法庭在主要方面(即就提交给法庭的主要问题作出裁断)适用的法规是国际法。诚然，本法庭十分应该借鉴国内法，以填补《规约》或习惯国际法中可能存在的空白。例如，本法庭可能需要仔细研究和依赖国家立法或国家司法裁判，以确定是否产生了世界所有主要体系共有的刑法一般原则。此外，本法庭在附带方面(即在其附带管辖权的行使方面)可能不得不适用国内法。例如，在确定《规约》第2条(关于严重违反行为)是否适用时，本法庭可能需要确定是否对《1949年日内瓦第四公约》所规定“受保护”的人实施了所列行为中的一种。为此，本法庭可能需要确信此人拥有敌对的交战国或占领国以外的国家的国籍。显然这项调查只能根据有关个人所属国家的相关法律进行。然而，本法庭为裁断其审理案件而须适用的主要法规体系仍是国际法。²⁹⁸

153. 在对危害人类罪量刑方面，在 *Erdemović* 案中，审判分庭援引了“所有国家都承认的一般法律原则”，以填补该法庭《规约》和《程序和证据规则》存在的、因而未能进一步说明量刑细节的法律空白：

审判分庭指出，除了提及下文将讨论的前南斯拉夫法院关于判处监禁的一般做法和提及无期徒刑的刑罚外，《规约》和《规则》没有进一步说明本国际法庭管辖范围内的罪行(包括危害人类罪)的实施者可能被判处的刑期长短。为了确定危害人类罪适用的一套量刑标准，审判分庭将确定这类罪行的特征以

²⁹⁵ 同上，第45-46段。

²⁹⁶ 《检察官诉 *Zoran Kupreškić* 等人》(见上文脚注231)，第738段。

²⁹⁷ 同上，第677段。

²⁹⁸ 同上，第539段。

及国际法和各国国内法规定的、体现了所有国家都承认的一般法律原则的相关刑罚。²⁹⁹

154. 该法庭有时似乎将一般法律原则用作解释规则或审议规则有效性或一致性的手段。在 *Kupreškić* 等人案中，审判分庭将一般原则用作确保迫害的定义符合刑法原则的工具，具体如下：

因此，要求审判分庭审查迫害的定义可包括本国际法庭《规约》第 5 条未涵盖的那些行为。显然，审判分庭必须明确规定迫害的定义，以判定此案中指控的罪行是否在其管辖范围之内。此外，这一定义必须符合刑法一般原则，如罪刑法定原则和罪行特定原则。首先，审判分庭将审查除其他类别的危害人类罪外，还有哪些类型的行为曾视为构成迫害。其次，审判分庭将研究这些行为背后是否存在有助于界定迫害的要素。³⁰⁰

155. 作为解释工具，一般原则也起到了拓展法律概念的作用。在 *Furundžija* 案中，审判分庭用人的尊严原则对强奸罪加以广义解释，表明对其而言重要的是，“相较于保护人类尊严的基本原则(该原则支持拓展强奸的定义)，“关于因强行插入阴道或肛门而被定罪比因强行插入口腔而被定罪更可耻的想法”次要得多。³⁰¹ 审判分庭还指出，被告所属司法管辖区不必认同这一更广义的定义，因为“指控强行口交的被告犯有强奸罪，并不违反法无明文不为罪的一般原则，虽然在某些国家司法管辖区，包括在被告本国司法管辖区，相同的行为只会被指控为性侵犯罪”。³⁰²

156. 在 *Blaškić* 案中，审判分庭提及刑法一般原则等渊源为其采取的处理办法提供支持：

审判分庭同意源自法庭判例法的意见，即参与犯罪的个人可因此按《规约》第 7 条第 1 款所列任何个人刑事责任条目而被追究责任。这种做法符合刑法和习惯国际法的一般原则。³⁰³

157. 在 *Erdemović* 案中，审判分庭依据《公民及政治权利国际公约》第十五条援引的一般法律原则来研究关于处罚的规则，认定极为严重地违反“普遍接受的国际法原则”的行为可按如下方式处罚：

[《公民及政治权利国际公约》第十五条]第二款规定：“任何人的行为或不行为，在其发生时依照各国公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”。关于这一点，1949 年荷兰特别上诉法院在一起涉及危害人类罪的案件中就一基于法无明文者不罚原则的辩护论点进行审议，并发表意见如下：

²⁹⁹ 《检察官诉 *Drazen Erdemović*》(见上文脚注 236)，第 26 段。

³⁰⁰ 《检察官诉 *Zoran Kupreškić* 等人》(见上文脚注 231)，第 609 段。

³⁰¹ 《检察官诉 *Anto Furundžija*》(见上文脚注 237)，第 184 段。

³⁰² 同上。

³⁰³ 《检察官诉 *Tihomir Blaškić*》(见上文脚注 273)，第 264 段(脚注略)。

“……任何行为[若非]按先已存在的法律刑罚规定则不得受到处罚的原则旨在保障法律安全和个人自由。……然而，这一原则绝非绝对。其适用可能会受到其他原则的影响，对这些其他原则的承认涉及到同样重要的司法利益。而这些司法利益不允许仅以之前无受惩罚之虞即认为极为严重地违反公认国际法原则的行为(其犯罪性质在实施犯罪时毫无疑问也已确立)不应被视为应受惩罚。”³⁰⁴

158. 审判分庭还将国内法和国际法都称为这种一般法律原则的渊源。审判分庭指出，它调查了国际法和国内法，特别侧重于前南斯拉夫的法律，³⁰⁵ 并确定，存在“一项各国共有的一般法律原则，即在各国法律体系中对危害人类罪均适用最严厉的刑罚”：

同在国际法中一样，将危害人类罪纳入国内法的各国都规定，犯下这种罪行将受到各国法律体系所容许的最严厉刑罚。关于前南斯拉夫的相关法律将在下文详细探讨，在此只需提及《南斯拉夫社会主义联邦共和国刑法》(下称《前南斯拉夫刑法》)对灭绝种族行为或针对平民的战争罪规定了最严厉的刑罚。

因此，审判分庭指出，各国共有一项一般法律原则，即在各国法律体系中对危害人类罪均适用最严厉的刑罚。因此，审判分庭得出结论认为，国际法中存在一个标准，根据该标准，危害人类罪是极端严重的罪行之一，在没有减轻情节的情况下须处以最严厉的刑罚。³⁰⁶

159. 在 *Halilović* 案中，上诉分庭和审判分庭适用了“[一项]规则所基于的一项原则”，³⁰⁷ 所涉原则是“关于证人应在法庭上口头发证的—般原则”，³⁰⁸ 所涉规则即是可推定供状即属自愿：

此外，鉴于上诉人就面谈的自愿性质提出的证据，审判分庭有责任全面调查面谈进行过程中的情况。虽然审判分庭本身没有提及《规则》第九十二条，但似乎审判分庭在作出裁判时适用了该规则所基于的一项原则。³⁰⁹

160. 在 *Deronjić* 案中，上诉分庭确定了“刑法所基于的类似的一条—般原则”，将其用于对个人责任性质的解释：

³⁰⁴ 《检察官诉 Drazen Erdemović》(见上文脚注 236)，第 38 段(引用 the *Hans Albin Rauter case at the Special Court of Cassation of the Netherlands*, 12 January 1949, in H. Lauterpracht, ed., *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1949* (London, Butterworth, 1955), pp. 526-548, at p. 543)。

³⁰⁵ 在得出上述结论时，审判分庭只援引了前南斯拉夫相关法律为例，没有援引其他国家相关法律为例。

³⁰⁶ 《检察官诉 Drazen Erdemović》(见上文脚注 236)，第 30-31 段。

³⁰⁷ 《检察官诉 Sefer Halilović(中间上诉)》(见上文脚注 248)，第 46 段。

³⁰⁸ 同上，第 16 段。

³⁰⁹ 同上，第 46 段(脚注略)。

不能将加重处罚情节必须与“犯罪人本人”有关……这一说法视为一项规则，即此类情节必须具体与犯罪人的个人特征有关。相反，这只是反映了刑法所基于的个人责任的一般原则：除非一个人本人的作为或不作为为追究其对一行为的责任提供了理由，否则，其不能被追究责任。因此，无论是出于定罪还是判刑的目的，一个人都不被追究对参与执行计划的其他人的不可预见的行为的责任。另一方面，追究一个人对利用其受害人脆弱性的行为的责任则完全属于个人责任的概念范畴。就此而言，上诉人不仅意识到其受害人手无寸铁并加以利用，而且还通过米卢廷·米洛舍维奇的言论加重了受害人的脆弱性……³¹⁰

161. 在 *Krnojelac* 案中，审判分庭认为该法庭的《规约》所载的无罪推定“体现了一项一般法律原则”。审判分庭“将《规约》第 21(3)条所述的无罪推定适用于被告，认为这体现了一项一般法律原则，按此原则检方负有证实被告有罪的重任，而根据规则第 87(A)条，检方证实被告有罪必须达到无合理怀疑的标准。”³¹¹

162. 在 *Celebici* 案中，上诉分庭将“国家管辖范围内适用的各项原则”作为解释工具，认为“只有在为指导对[法庭]规则的解释而必要时才需要援引国内原则”：

上诉分庭回顾，援引国家管辖范围内适用的原则可以帮助审判分庭和上诉分庭解释《规约》和《规则》的规定。但《规则》第 89(A)条明示地规定，各分庭“不受国家证据规则的约束”。最重要的是，审判分庭“适用那些最利于其公正裁断其所审理事项并符合《规约》精神和一般法律原则的证据规则。”上诉分庭指出，审判分庭认为，这一原则隐含着“审判分庭适用国家证据规则”。而上诉分庭则确认，应主要适用《规则》中明确规定的证据规则，只有在为指导对这些规则的解释而必要时才援引国内原则辅助之。³¹²

(b) 与国际法其他渊源的关系

163. 为本备忘录的目的查阅的判例法中有些提示国际法不同渊源之间存在等级关系，但有些判例法处理“原则”概念的方式也可被解释为是在援引一般法律原则之外的其他国际法渊源，如习惯国际法或条约法。

164. 关于国际法渊源之间可能存在的等级问题，在 *Kupreškić* 等人案中，审判分庭在给迫害下定义时似乎想给一些渊源排一个顺序，指出法庭在借鉴条约所定国际法和习惯国际法渊源之后，应借鉴不同类型的一般原则(“国际刑法”一般原

³¹⁰ 《检察官诉 Miroslav Deronjić，案件编号 IT-02-61-A，量刑上诉判决书，2005 年 7 月 20 日，上诉分庭》，第 124 段。

³¹¹ 《检察官诉 Milorad Krnojelac，案件编号 IT-97-25-T，2002 年 3 月 15 日判决书，第二审判分庭》，第 66 段。

³¹² 《检察官诉 Zejnil Delalić 等人案(上诉)(“Celebici 案”)(见上文脚注 231)，第 538 段(脚注略)。

则、“世界主要法律体系共有刑法”的一般原则和“符合国际司法基本要求”的一般原则)。审判分庭的解释如下:

由于难民法和国际法委员会草案都不能明确解决这一问题,在解决有关迫害范围的争议事项时,审判分庭必须转而援引习惯国际法。事实上,只要《规约》没有规定某一具体事项,而且秘书长的报告对解释《规约》提供不了任何帮助,那么国际法庭就可以借鉴(一)习惯国际法规则或(二)国际刑法一般原则;或者,在没有国际刑法一般原则的情况下,可借鉴(三)世界主要法律体系共有的刑法一般原则;或者,在没有世界主要法律体系共有的刑法一般原则的情况下,可借鉴(四)符合国际司法基本要求的法律一般原则。必须假定,起草者希望《规约》以国际法为基础,因此,任何可能的空白都必须通过诉诸该法律体系来填补。³¹³

165. 在 *Furundžija* 案中,审判分庭在讨论强奸罪的要素时似乎遵循了类似的渊源顺序。首先采用“国际条约或习惯法和国际刑法的一般原则或……国际法的一般原则”。在用尽这些渊源仍不能解决问题之后,审判分庭认为,“有必要借鉴世界主要法律体系共有的刑法原则”,以找出“在充分谨慎前提下从国家法律中推衍出的……原则”:

该审判分庭指出,除了强调的要素之外,不可从国际条约或习惯法中借鉴任何其他要素,也不可诉诸国际刑法的一般原则或国际法的一般原则。因此,审判分庭认为,为依据刑法的罪行特定原则(*Bestimmtheitsgrundsatz*, 也被称为“法无明文不为罪”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。这些原则可以在充分谨慎的前提下从国家法律中推衍出来。³¹⁴

166. 在 *Kunarac* 等人案中,审判分庭回顾了上述富伦基亚案:

强奸罪的具体要素在《规约》、国际人道法或人权文书中都没有规定,但却是 *Furundžija* 案中审判分庭的审议内容。在该案中,审判分庭注意到,在卢旺达问题国际刑事法庭对 *Akayesu* 诉讼的判决中,审判分庭将强奸定义为“在胁迫情况下实施的具有性行为性质的身体侵犯”。审判分庭之后查阅了若干国际法渊源,发现不可能从国际条约或习惯法,也不可能从国际刑法的一般原则或……国际法一般原则中找出强奸罪的要素。”审判分庭得出的结论是……必须研究世界主要法律体系共有的刑法原则。……”。审判分庭研究发现,根据对若干国家的国内法律的审查,强奸罪的犯罪行为是:……³¹⁵

167. 关于习惯国际法,该法庭判例中有时对“原则”一词的提及并非是援引作为法律渊源的一般法律原则,而是作为构成习惯国际法一部分的原则。例如,1993年秘书长的报告以下列方式提到法无明文不为罪原则:“适用法无明文不为罪原

³¹³ 《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人》(见上文脚注 231), 第 591 段。

³¹⁴ 《检察官诉 Anto Furundžija》(见上文脚注 237), 第 177 段。

³¹⁵ 《检察官诉 Dragoljub Kunarac 等人》(见上文脚注 243), 第 437 段(脚注略)。

则即要求国际法庭适用毫无疑问已成为习惯法一部分的国际人道法规则，以避免发生只有一些国家而不是所有国家都遵守特定公约的问题。”³¹⁶ 同样，审判分庭在哈利洛维奇案判决书中提及习惯国际法原则：“指挥官因未能防止或惩罚其下属所犯罪行而承担个人刑事责任的原则是习惯国际法的一项既定原则。《规约》第 7(3)条适用于《规约》第二条至第五条所述所有行为，并适用于国际和非国际武装冲突。”³¹⁷

168. 另一个例子是，检方在对 *Hadžihasanović* 等人案的一份更正中区分了习惯国际法与国际刑法一般原则，认为：

上述语句中的“习惯国际法”概念使用错误，应替换为“国际刑法”的概念。正确的句子如下：

“因此审判分庭通过认定该原则已演变为国际刑法一般原则，回应了上诉人的论点。(原文无着重标示)”³¹⁸

169. 在 *Tadić* 案中，上诉分庭表示，为确定习惯国际规则或“一般原则”存在而需要的资料来源可以是类似的：

在转向国际社会为规范内乱而制订的一些习惯法原则和规则之前，有必要谨慎对待武装冲突法的立法过程。在试图核实国家实践以确定是否存在一项习惯规则或一般原则时，很难，甚至不可能查明实地部队的实际行为，无法确定他们实际上是否遵守还是无视了某些行为标准。……因此，在评价习惯规则或一般原则是否形成时，应当认识到，鉴于这一主题的固有性质，必须主要依靠国家的官方声明、军事手册和司法裁判等要素。³¹⁹

170. 然而，不清楚在该案中，上诉分庭指的是识别习惯国际法还是识别一般法律原则，因为上诉分庭表示：

国家实践表明，国内武装冲突方面的习惯国际法一般原则在与作战方法有关领域已发生演变。关于禁止在敌对行动区袭击平民的规定，除了上文所述的情况之外，还可以提及禁止背信弃义的规定。因此，例如，在尼日利亚法院审理的一起案件中，尼日利亚最高法院认为，叛军在进行军事行动时不得伪装平民身份。³²⁰

³¹⁶ S/25704 和 Corr.1，第 34 段。

³¹⁷ 《检察官诉 Sefer Halilović，案件编号 IT-01-48-T，2005 年 11 月 16 日判决书，第一审判分庭》，第 55 段。

³¹⁸ 《检察官诉 Enver Hadžihasanović 等人，案件编号 IT-01-47-AR72，检方对 2002 年 12 月 9 日提起的辩方关于管辖权问题的中间上诉的答复更正，2002 年 12 月 20 日，上诉分庭》，第 5 段。

³¹⁹ 《检察官诉 Duško Tadić，关于辩方就管辖权问题所提中间上诉动议的裁定》(见上文脚注 231)，第 99 段。

³²⁰ 同上，第 125 段。

B. 卢旺达问题国际刑事法庭

1. 适用的法律和术语渊源

171. 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》在很大程度上照搬了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》的相关措辞，类似地在第 27 条(赦免或减刑)中规定，法庭庭长可根据“一般法律原则”等作出量刑裁判：

如果按照监禁已定罪者的国家的适用法律，被监禁者有资格获得赦免或减刑，则有关国家应将此通知卢旺达问题国际法庭。须经卢旺达问题国际法庭庭长与各法官协商，秉公根据一般的法律原则决定，才能赦免或减刑。

172. 此外，与涉及前南斯拉夫问题国际刑事法庭时的情况一样，《余留机制规约》与上文所述《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 27 条类似地提及一般法律原则。《余留机制规约》第 26 条(免刑或减刑)规定：“只有在余留机制主席为维护司法公正根据一般法律原则决定这样做时，方可免刑或减刑。”

173. 在卢旺达问题国际刑事法庭和余留机制审理的案件中，许多提到“一般法律原则”的案件都是在相应的裁判中明示提及制定法措词的案件。³²¹ 但有时，除了提到“一般原则”或具体原则外，没有进一步的提及。³²² 有时则是就此进行了讨论。例如，卢旺达问题国际法庭审判分庭在 *Ntakirutimana* 案中详细阐述了卢旺达问题国际法庭在其判例中形成的关于评估证据的各种一般原则：

在面对《规则》没有另作规定的证据问题时，分庭根据第 89(B)规则的授权，适用了那些最利于其公正裁断其所审理事项并符合《规约》精神和一般法律原则的证据规则。分庭考虑到了法庭判例法，其中确立了关于评估证据的一般原则。例如，*Akayesu* 案判决书载有关于下列方面的重要陈述：证据的证明价值；证人陈述的使用；创伤对证人证词的影响；从肯尼亚卢旺达语向法语和英语的口译问题；影响证人证据的文化因素等。之后法庭的判例法制订了有关证据事项的原则，其中最近的权威资料是检察官诉 *Ignace Bagilishema* 案的判决书。分庭将在必要时再回到这些原则。³²³

174. 关于提及一般法律原则的术语，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在某些情况下明示使用了《国际法院规约》第 38 条的术语。卢旺达问题国际刑事法庭在 *Rwamakuba* 案中提及“《国际法院规约》第 38 条所理解的一般法律原则”，作

³²¹ 例如见《检察官诉 Obed Ruzindana》，案件编号 MICT-12-10-ES，主席关于提前释放 Obed Ruzindana 的裁定，2014 年 3 月 14 日，余留机制主席》，第 7 段；《检察官诉 Gérard Ntakirutimana》，案件编号 MICT-12-17-ES，2014 年 3 月 26 日主席关于提前释放 Gérard Ntakirutimana 的裁定公开删节版，2014 年 4 月 24 日，余留机制主席》，第 6 段；《检察官诉 Ferdinand Nahimana》，案件编号 MICT-13-37-ES.I，2016 年 9 月 22 日主席关于提前释放 Ferdinand Nahimana 的裁定公开删节版，2016 年 12 月 5 日，余留机制主席》，第 7 和 10 段。

³²² 例如见《检察官诉 Jean Kambanda》，案件编号 ICTR-97-23-S，1998 年 9 月 4 日判决和量刑，第一审判分庭》，第 8 段。

³²³ 《检察官诉 Elizaphan 和 Gérard Ntakirutimana》，案件编号 ICTR-96-10 和 ICTR-96-17-T，2003 年 2 月 21 日判决和量刑，第一审判分庭》，第 32 段(脚注略)。

为书记官长在该案中提交的意见的一部分，认为经济补偿令是一般法律原则中正在发展中的一项原则，并裁定：

在本案中，书记官长质疑分庭是否有权因安德烈·卢瓦马库巴获得法律援助的权利遭侵犯而判予他经济补偿。书记官长提交的意见认为，根据对《国际法院规约》第 38 条的理解，对其权利受到侵犯的人进行经济补偿令只是一项正在发展中的一般法律原则，未载入《联合国宪章》原则、条约法或习惯法。³²⁴

175. 但分庭在该裁定中认为，“正如上诉分庭所回顾的那样，对任何侵犯人权行为都必然需要提供有效的补救办法，这是国际人权法的一项基本原则”。³²⁵ 审判分庭还驳回了书记官长提交的意见，从而暗示补偿原则不止是一般法律原则正在发展中的内容，指出：“分庭没有被书记官长的论点说服。首先，五项国际人权文书都明示地提及获得补偿或恢复原状的权利”，³²⁶ “此外，美洲人权法院和欧洲人权法院被赋予权力，可对人权受到侵犯的受害人判予经济补”。³²⁷ 因此，审判分庭表示：“因此，分庭认为，不能说所发布对那些权利受到侵犯的人的经济补偿令仅是在国际法中处于发展之中的内容。”³²⁸

2. 起源

176. 法庭提到了一般法律原则源自国家法律体系的起源，并为此审查了不同的法律体系。同时，法庭在确定一般法律原则的过程中，还借鉴了国际法和判例，有时是与国家法相结合加以确定。³²⁹

177. 在 *Bagosora* 和其他 28 人案中，检察官认为，根据对国家法律体系的调查，可以确定固有上诉权的“一般法律原则”：

检察官认为，固有上诉权可基于各国家司法管辖区中法院的实践而确立。检察官认为，对国家法律的调查表明，存在一项一般法律原则，即在没有相反的明示规定的情况下，一般都有对下级法院所作裁判上诉的权利。检察官援引了法国、塞内加尔和德国大陆法系司法管辖区的《刑事诉讼法》的规定，在这些司法管辖区中，总是可以就下级法院驳回起诉书的裁定向上级法院提

³²⁴ 《检察官诉 André Rwamakuba》，案件编号 ICTR-98-44C-T，关于适当补救的裁定，2007 年 1 月 31 日，第三审判分庭》，第 53 段。

³²⁵ 同上，第 16 段。

³²⁶ 同上，第 54 段(脚注略)(特提及《公民及政治权利国际公约》和人权事务委员会)。

³²⁷ 同上，第 55 段。

³²⁸ 同上，第 56 段。

³²⁹ 例如，见《检察官诉 Jean-Paul Akayesu》，案件编号 ICTR-96-4-T，1998 年 9 月 2 日判决书，第一审判分庭》；《检察官诉 Justin Mugenzi 和 Prosper Mugiraneza，关于宣布缺乏管辖权或要求赔偿的动议的裁定，案件编号 MICT-14-75，余留机制独任法官审理，2016 年 11 月 23 日》；《检察官诉 Clément Kayishema 和 Obed Ruzindana，案件编号 ICTR-95-1-T，1999 年 5 月 21 日判决书，第二审判分庭》。

出上诉，以及美国和联合王国普通法系司法管辖区中训令和调卷令这两种补救办法。

检察官认为，上诉分庭可以推断出这些规则的类比，以认定本案上诉的管辖权。检察官辩称，国际性法院可适用一般法律原则，为此他特别引用了《国际法院规约》第 38 条和前南问题国际法庭的判例。³³⁰

178. 然而，在上述案件中，上诉分庭的结论是，“检察官援引的每一条规则都是以有关国家司法管辖区的明确法律规定为依据”，因此“认为这些规则不适用于本案”。³³¹

179. 在 *Akayesu* 案中，审判分庭在讨论累积刑事指控和确定允许多次定罪的原则时，提到了大陆法系，特别强调了卢旺达的法律体系：

分庭指出，在大陆法系，包括卢旺达的法律体系中，存在一项称为理论上数罪竞合的原则，该原则允许在某些情况下对同一行为进行多项定罪。卢旺达法律允许在下列情况下进行多项定罪：……。³³²

180. 审判分庭指出，根据国家法和国际法，有这样一项原则，在某些情况下适用：

根据国家法和国际法以及判例，分庭得出结论认为，在下列情况下，可以接受就同一组事实判处被告人犯有两项罪行：(1) 两项罪行具有不同的要素；或(2) 创设这些罪行的规定保护不同的利益；或(3) 有必要将对两项罪行的定罪都记录在案，以充分描述被告的所作所为。³³³

181. 审判分庭在讨论 *Akayesu* 案中共犯参与灭绝种族罪的要素时，提到了“大多数大陆法刑法体系承认共犯参与的形式”，并为此审查了一些法律体系：“关于共犯参与灭绝种族罪的实际行为要素(犯罪行为)，大多数大陆法刑法体系都承认三种形式的共犯参与……。应当指出，卢旺达《刑法典》包括另外两种参与形式……”。³³⁴ 此引文中省略的脚注特别提到塞内加尔《刑法典》和新法国《刑法典》。³³⁵ 法庭还指出，“此外，正如在所有大陆法刑法体系中一样，在普通法中，特别是英国法中，一般来说，共犯甚至不需要希望主要罪行得到实施。”³³⁶

³³⁰ 《检察官诉 Théoneste Bagosora 和其他 28 人，案件编号 ICTR-98-37-A，关于检察官对确认法官驳回起诉 Théoneste Bagosora 和其他 28 人的裁定的上诉可受理性问题的裁定，1998 年 6 月 8 日，上诉分庭》，第 46-47 段(脚注略)。

³³¹ 同上，第 48 段。

³³² 《检察官诉 Jean-Paul Akayesu》(见上文脚注 329)，第 467 段(在第 465 段中还提及法国最高法院的判例)。

³³³ 同上，第 468 段。

³³⁴ 同上，第 533 段。

³³⁵ 同上，脚注 106。

³³⁶ 同上，第 539 段。

182. 关于共谋实施灭绝种族罪，审判分庭在 *Musema* 案中审查并比较了大陆法系和普通法系，认定：

审判分庭指出，普通法系倾向于将“商定”或共谋视为一种具体的犯罪参与形式，其本身应受惩罚。在大陆法中，共谋或“同谋”背离了一个人不能仅因犯罪意图或所实施的预备行为而受到惩罚的原则。而在大陆法系中，只有当共谋的目的是为了实施某些被认为极其严重的犯罪，如破坏国家安全，才会受到惩罚。³³⁷

183. 审判分庭经审查后发现两种法系中的“……构成要素非常相似”，审判分庭对共谋实施灭绝种族罪的概念界定如下：

大陆法区分了两类犯罪行为，对“同谋”或共谋的两个“层次”加以限定。……

在普通法中，当两个或两个以上的人就一个共同的目标达成一致，而该目标是犯罪，则构成共谋罪。

分庭指出，这两种法系所定义的共谋的构成要素非常相似。根据这些要素，分庭认为，共谋实施灭绝种族罪应被定义为两人或多人之间商定实施灭绝种族罪。³³⁸

184. 在 *Mugenzi* 和 *Mugiraneza* 案中，余留机制在认定申诉人“试图表明许多国家体系为无罪释放提供补救办法……但未能确立具有约束力的习惯国际法规范或一般法律原则，这即表明这一权力属于余留机制的默示权力范围”时，提及国家体系和国际体系。³³⁹ 余留机制指出，这一事实在“联合国人权事务委员会对《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第六款的一般性意见中得到了强调：‘如果在定罪因转入上诉阶段，即在判决成为终审判决之前，而暂不生效，则不应给予补偿’”。³⁴⁰

185. 在 *Bagosora* 等人案中，辩方主张大会认可的关于拘留的“一般原则”：

辩方谴责它认为第 65 条规则中宣布的临时释放标准“明显过高”。一般原则规定，审前拘留应是例外；自由是常规。辩方称，这一原则在联合国大会的审议中得到了认可……。³⁴¹

辩方随后辩称，“应最广义地解释第 65 条规则，使其符合国际文书中的原则”，并称：“因此，法庭在就这一动议作出裁定时，应搁置第 65 条规则，因为它违反

³³⁷ 《检察官诉 Alfred Musema，案件编号 ICTR-96-13-T，2000 年 1 月 27 日判决书和判刑，第一审判分庭》，第 186 段。

³³⁸ 同上，第 189-191 段。

³³⁹ 《检察官诉 Justin Mugenzi 和 Prosper Mugiraneza》(见上文脚注 329)，第 9 段(脚注略)。

³⁴⁰ 同上。

³⁴¹ 《检察官诉 Théonust Bagosora 等人，案件编号 ICTR-98-41-T，2002 年 7 月 12 日裁判，第三审判分庭》，第 7 段。

了文明司法体系中现有的国际法标准和实践做法。”³⁴² 然而，审判分庭驳回了这一意见，认为：

作为一个实际问题，一旦 *Bagosora* 案与其他案件合并，他的共同被告人的行动将影响到所有共同被告人的权利，从而确保了受益统一体的程序原则。……因此，不应允许 *Bagosora* 只享受并案的好处而不承担带来的不便。³⁴³

186. 在 *Nahimana* 等人案的判决中，审判分庭在讨论“关于煽动歧视和暴力的核心原则……”时，主要参考了国际渊源，但也参考了国家判例：³⁴⁴

国际法既保护不受歧视的权利，也保护表达自由的权利。《世界人权宣言》第七条规定，“人人有权享受平等保护，不受任何歧视……”。第十九条规定：“人人有权享有主张和发表意见的自由。”这两项原则在国际和区域条约中都有阐述，这两项基本权利之间的关系也是如此，在某些情况下，这两项权利可能会被视为冲突，需要进行一定的调和。³⁴⁵

从关于煽动歧视和暴力的国际判例中产生了一些核心原则，为界定适用于大众媒体的“直接和公开煽动种族灭绝”的要素时应考虑的因素提供了有用指南。³⁴⁶

分庭认为，国际法在免于歧视的自由和表达自由领域已经得到了很好的发展，是审议这些问题的参照点，并指出，国家法差异很大，而国际法编纂了不断演变的普遍标准。分庭指出，美国的判例也接受国际法规定的基本原则，并在其国家法中承认，煽动暴力、威胁、诽谤、虚假广告、淫秽和儿童色情属于言论自由保护范围之外的表达形式。³⁴⁷

187. 在 *Nahimana* 等人案中，审判分庭在规定仇恨言论违反了禁止歧视的“习惯国际法规范”时，还提及“国际法和国内法的既定原则”，认为：

鉴于国际法和国内法的既定原则以及 1946 年 *Streicher* 案以及此后许多欧洲法院和国家案件的判例，表达种族歧视和其他形式歧视的仇恨言论违反了禁止歧视的习惯国际法规范。在这一习惯法规范中，随着媒体的伤害力日益得到认识，禁止鼓吹歧视和煽动暴力变得越来越重要。³⁴⁸

188. 在 *Musema* 案中，审判分庭认为，“关于个人刑事责任原则的判例法，特别是 *Akayesu* 案和 *Rutaganda* 案判决书中所阐明的这一判例法已经充分确立，并适

³⁴² 同上，第 8 段。

³⁴³ 同上，第 18 段。

³⁴⁴ 《检察官诉 Ferdinand Nahimana 等人，案件编号 ICTR-99-52-T，2003 年 12 月 3 日判决书，第一审判分庭》，第 1 000 段。

³⁴⁵ 同上，第 983 段。

³⁴⁶ 同上，第 1 000 段。

³⁴⁷ 同上，第 1 010 段(脚注略)。

³⁴⁸ 同上，第 1 076 段。

用于本案”，并指出，“第 6 条第 1 款规定的个人刑事责任原则意味着，策划或准备犯罪的行为实际上必须导致犯罪的发生”。³⁴⁹ 关于这项原则的起源，审判分庭认为：

阐明指挥责任的原则源于纽伦堡法庭和东京法庭适用的个人刑事责任原则。该原则后来在 1977 年 6 月 8 日《1949 年日内瓦四公约第一附加议定书》第 86 条中得到编纂。

……

至于《规约》第 6 条第 3 款所述的个人刑事责任形式是否也适用于掌握军事和民事权力的人员，必须指出，在东京审判期间，有掌握民事权力者被根据这一原则判定犯有战争罪。³⁵⁰

3. 承认

189. 法庭讨论了对一般法律原则的承认问题，尽管所需承认的范围和程度从所有国家到一小部分国家不等，并且借鉴国际法体系中有关承认的内容，如下文所示。

190. 在 *Akayesu* 案中，审判分庭援引“全世界所有法律体系都承认的原则”作为认定证人有参加交叉盘问权的部分依据，并指出：

分庭认为，作为一项旨在损害检方证人的可信度的笼统指控，这一指控没有任何分量，原因有二。……原则上，对被辩方希望指控说谎的证人来说，只有给他或她一个机会听取指控并对指控作出回应，才是公平的。这是普通法中的一项规则，也是一个公正和公平对待受害人和证人的问题，这是全世界所有法律体系都承认的原则。³⁵¹

191. 在 *Nshogoza* 案中，审判分庭讨论了“国际文书和国家立法”予以的承认以及“现代国家”予以的承认：

辩方还称，卢旺达的诉讼程序违反了《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第 9 条(一罪不二审)，辩方认为，*Nshogoza* 先生面临着目前已裁定的相同指控的待审指控。分庭回顾，一罪不二审原则是一项长期以来适用于国际性法庭以及国家司法管辖区的一般法律原则，并得到国际文书和国家立法的承认。然而，《卢旺达问题国际法庭规约》第 9 条，是就“构成严重违反国际人道主义法的行为(即此人已经受过审判的罪行)[……]，而特别提到一罪不二审原则的”。而 *Nshogoza* 先生是因藐视法庭而受到本分庭的审判和定罪，他并不

³⁴⁹ 《检察官诉 Alfred Musema》(见上文脚注 337)，第 113 和 115 段。

³⁵⁰ 同上，第 128 和 132 段。

³⁵¹ 《检察官诉 Jean-Paul Akayesu》(见上文脚注 329)，第 46 段(脚注略)(审判分庭在这方面援引 A.Keane, *The Modern Law of Evidence*, 2nd ed. (Oxford, Butterworth, 1989))。另见《检察官诉 Ignace Bagilishema, 案件编号 ICTR-95-1A-T, 2001 年 6 月 7 日判决书, 第一审判分庭》, 第 142-143 段。

是因第 9 条规定的严重违反国际人道主义法行为而受此审判和定罪。因此，第 9 条的规定并未为本分庭行使管辖权，命令卢旺达根据该条规定撤回指控提供充分依据。当然，本分庭可以顺便表示，不管第 9 条的具体措辞为何，本分庭可以表示一种普遍期望，即任何司法机构都应尊重现代国家承认的一般法律原则。但是，如果认为第 9 条已赋予本分庭一项一般授权以发布指令要求卢旺达或其司法机构尊重一般法律原则，那就太过武断了。³⁵²

192. 在 *Kayishema* 和 *Ruzindana* 案中，审判分庭在讨论灭绝种族罪的概念时指出，灭绝种族罪的概念“已被联合国大会承认为国际法的一项原则”，并提到其起源于国际文书和判例，同时指出灭绝种族罪被认为是习惯国际法的一部分，具体如下：

1946 年 9 月 30 日和 10 月 1 日的国际军事法庭(纽伦堡)判决书中首次出现了灭绝种族罪的概念，指的是对群体的毁灭。当时，禁止灭绝种族罪被联合国大会承认为国际法的一项原则。1948 年 12 月 9 日通过的第 260(A)(二)号决议通过了《灭绝种族罪公约草案》，将禁止灭绝种族罪明确纳入国际法。《灭绝种族罪公约》作为一项国际人权文书被广泛接受。此外，灭绝种族罪被认为是国际习惯法的一部分，也是强制法的一个规范。³⁵³

4. 移置

193. 法庭的判例法没有明确讨论过移置问题，不过它曾讨论过将国家适用的原则扩大到国际法层面。例如，上诉分庭认为，个别化原则以其在国家法律体系中的表现形式，在涉及“极其恶劣的罪行”的案件中“不适用”：

个别化原则要求根据被告人的个人情况和罪行的严重性作出每一项判刑……。一些国家的国内法院认为，即使被告人被判处无期徒刑，也应给予他释放的可能性。正如德国联邦宪法法院所指出的那样……。上诉分庭认为，无论这种观点在国家法律体系中的法律依据如何而且在国家法律体系中“原则上”可以适用，但对于像本案这样的案件，因为涉及到极其恶劣的罪行，所以这种观点不适用。例如，审判分庭考虑到了以下事实，即袭击的对象是“公认为避难所的吉科梅罗教区教堂大院”，以及“许多人被屠杀”。因此，上诉分庭认为，上诉人关于本案中的判决“纯粹是敷衍了事，没有考虑到案情[……]”的论点是没有道理的。³⁵⁴

³⁵² 《检察官诉 Léonidas Nshogoza》，案件编号 ICTR-07-91-T，对辩方申请下令卢旺达共和国和坦桑尼亚联合共和国合作的裁定，2009 年 7 月 28 日，第三审判分庭》，第 10 段(脚注略)。另见《检察官诉 Ferdinand Nahimana 等人》(见上文脚注 344)。

³⁵³ 《检察官诉 Clément Kayishema 和 Obed Ruzindana》(见上文脚注 329)，第 88 段。

³⁵⁴ 《检察官诉 Jean de Dieu Kamuhanda》，案件编号 ICTR-99-54A-A，2005 年 9 月 19 日判决书，上诉分庭》，第 357 段(脚注略)。

5. 功能及与其他国际法渊源的关系

194. 该法庭判例法没有就一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系作广泛讨论。

195. 在 *Akayesu* 案中，审判分庭在讨论共同第 3 条时区分了习惯国际法和一般原则的不同功能，认为共同第 3 条既反映了习惯国际法，也反映了“奉行共同第 3 条、但范围”比其在习惯国际法中的对应原则和规范“广得多的关于国内武装冲突的一般原则和规范”：

今天很明显，共同第 3 条的规范已获得习惯法的地位，因为大多数国家根据其国内刑法典，已将在国内武装冲突期间犯下则构成对共同第 3 条的违反的行为定为犯罪。前南斯拉夫问题国际法庭审判分庭在 *Tadić* 案判决书中还认为，《前南斯拉夫问题国际法庭规约》第三条(战争惯例)……包括根据共同第 3 条建立的适用于非国际性武装冲突的保护制度。这符合前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭的意见，即共同第 3 条毫无疑问是习惯国际法的一部分，而且存在一系列奉行共同第 3 条，但范围要广得多的关于内部武装冲突的一般原则和规范。³⁵⁵

C. 国际刑事法院

1. 适用的法律渊源和术语

196. 一般法律原则在国际刑事法院的判例中具有特定地位，因为《罗马规约》在第 21 条(适用的法律)中按优先顺序阐明了适用于该法院的法律渊源，并且区分了源自国内法的一般法律原则(第 21 条 1(c)款)和国际法原则(第 21 条 1(b)款)。第 21 条如下：

1. 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和标准。

2. 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。

197. 此外，《罗马规约》第三编题为“刑法的一般原则”，在这一标题下规定了下列原则：法无明文不为罪、法无明文者不罚、对人不溯及既往、个人刑事责任、对不满十八周岁的人不具有管辖权、官方身份无关、指挥官和其他上级的责任、

³⁵⁵ 《检察官诉 Jean Paul Akayesu》(见上文脚注 329)，第 608 段(脚注略)。

不适用时效、心理要件、免除刑事责任的理由、事实错误或法律错误、以及上级命令和法律规定。

198. 国际刑事法院判例法中使用的关于一般法律原则的术语形式多样，但往往以上文所述第 21 条的措辞为基础。³⁵⁶

2. 起源

199. 国际刑事法院曾多次提到源自世界各国法系的一般法律原则，经常援引各国具体法律体系或各类法系，并且这样做时经常提及《罗马规约》第 21 条 1(c) 款。³⁵⁷ 国际刑事法院还更广泛地提及国内法或国际法一般原则、国际法一般原则、国际公法一般原则和国际法既定原则，并经常提及国际性法院和法庭判例，用以支持这些原则。³⁵⁸

200. 关于国家法律体系，在 *Muthaura* 等人案中，预审分庭裁定，对 5 个国内法律体系的调查不足以从中得出一般法律原则：“即使假设《规约》和《规则》存在空白，也不能仅凭对 5 个国家司法管辖区的审查就得出一般法律原则，且这些司法管辖区的实践甚至都不一致。”³⁵⁹ 上诉分庭在该案中也指出，由于检察官没有辩称第 21 条 1(c) 款“适用于当前情况”，也没有辩称“提出的判例法应被解释为建立了一项‘由该法院从世界各国法系国内法推衍而来’的一般法律原则”，因此检察官提出的判例法没有帮助。³⁶⁰

³⁵⁶ 例如，见：《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，案件编号 ICC-01/04-01/06，关于检察官申请第 58 条规定的逮捕令的裁定，2006 年 2 月 10 日，预审分庭》，第 42 段。

³⁵⁷ 例如，见：《检察官诉 Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui，关于撤销对 Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui 之间接触和通信禁令的裁定，案件编号 ICC-01/04-01/07，2008 年 3 月 13 日，预审分庭》，第 12 页；《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案，案件编号 ICC-01/04-01/06，关于让证人熟悉情况和证人举证准备的做法的裁定，2006 年 11 月 8 日，预审分庭》，第 35-42 段；《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，案件编号 ICC-01/04-01/06，关于让证人做好准备和熟悉情况以便出庭作证的做法的裁定，2007 年 11 月 30 日，第一审判分庭》，第 41 段。

³⁵⁸ 例如，见：《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，案件编号 ICC-01/09-01/11，关于检察官申请证人传票和由此产生的缔约国合作的请求的裁定，2014 年 4 月 17 日，第五预审分庭》，第 74-87 段；《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，案件编号 ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16，关于 Lubanga Dyilo 先生和检察官对第一审判分庭 2009 年 7 月 14 日题为“通知当事人和参与者根据《法院条例》第 55(2)条可以改变事实的法律定性的裁定”的裁定所提上诉的判决，2009 年 12 月 8 日，上诉分庭》，第 80-81 段；《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，案件编号 ICC-01/09-01/11，关于检方接纳书面证据请求的裁定，2014 年 6 月 10 日，上诉分庭》，第 15 段；《检察官诉 Germain Katanga，案件编号 ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5，对第二审判分庭 2017 年 3 月 24 日题为“根据《规约》第 75 条发布的赔偿令”的命令所提上诉的判决，2018 年 3 月 8 日，上诉分庭》，第 144-148 和 178 段。

³⁵⁹ 《检察官诉 Francis Kirimi Muthaura 等人，案件编号 ICC-01/09-02/11，关于宣布辩护律师任命无效问题的裁定，2011 年 7 月 20 日，第二预审分庭》，第 27 段。

³⁶⁰ 《检察官诉 Francis Kirimi Muthaura 等人，案件编号 ICC-01/09-02/11 OA 3，关于检察官对 2011 年 7 月 20 日第二预审分庭题为“关于宣布辩护律师任命无效问题的裁定”的裁定所提上诉的判决，2011 年 11 月 10 日，上诉分庭》，第 62 段。

201. 在 *Lubanga* 案中，预审分庭参照《罗马规约》第 21 条 1(c)款审议了证人举证或准备方面的实践，³⁶¹ 质疑某一证人举证部分是否可以“根据《规约》第 21 条 1(c)款，由法院根据世界各国法系的国内法，包括刚果民主共和国的有关国内法，而得出的一般法律原则所涵盖”。³⁶² 预审分庭一开始就注意到“不同国家司法管辖区的实践……大不相同”，随后审查了不同司法管辖区的实践，认为：

在不同司法管辖区，如像在巴西、西班牙、法国、比利时、德国、苏格兰、加纳、英格兰、威尔士和澳大利亚这样很不相同的司法管辖区，证人举证要么是不道德要么是非法的，而在其他国家司法管辖区，特别是在美利坚合众国，按照检方提出的思路进行证人举证的做法却是广为接受的。³⁶³

分庭最终认为，证人举证部分“并不为可从世界各法系的国内法中得出的任何一般法律原则所接受”。³⁶⁴

202. 在 *Lubanga* 案中，也是在证人举证方面，审判分庭认为，仅凭存在于两个普通法体系中的一条原则，同样是不够的，并补充提到，罗马日耳曼体系没有得到援引：

虽然这一做法(证人举证)在两个以普通法传统为基础的法系中在一定程度上被接受，但这并不能提供充分依据来得出结论认为存在基于各国法律体系既定惯例的一般原则。审判分庭注意到，检方提交的关于国家判例的材料没有任何援引罗马-日耳曼法系的内容。³⁶⁵

203. *Lubanga* 案上诉分庭在审议关于中止诉讼中滥用程序的“原则”时，审查了各种国内法院的司法裁判，但发现存在分歧，因此得出结论认为，“因滥用程序而中止诉讼的权力……一般不被认为是法院不可或缺的权力、不被认为是司法权不可分割的属性。”³⁶⁶

204. 在刚果民主共和国情势中，上诉分庭审议了检察官提出的意见，即可以确定一项一般法律原则，以填补关于审查驳回上诉的裁定的法律空白。³⁶⁷ 分庭在审议时注意到检察官就此提出的一系列法律体系，包括罗马-日耳曼法系、普通法

³⁶¹ 《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo 案，关于证人熟悉情况和证人举证准备的做法的裁定》(见上文脚注 357)，第 9 和 28 段。

³⁶² 同上，第 35 段。

³⁶³ 同上，第 36-37 段(脚注略)。

³⁶⁴ 同上，第 42 段。

³⁶⁵ 《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，关于让证人做好准备和熟悉情况以便出庭作证的做法的裁定》(见上文脚注 357)，第 41 段(脚注略)。

³⁶⁶ 《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，案件编号 ICC-01/04-01/06(OA4)，关于 Thomas Lubanga Dyilo 对 2006 年 10 月 3 日关于辩方根据《规约》第 19 条第 2 款对法院管辖权所提质疑的判决的上诉的判决，2006 年 12 月 14 日，上诉分庭》，第 35 段。

³⁶⁷ 《刚果民主共和国情势，案件编号 ICC-01/04，关于检察官申请特别审查第一预审分庭 2006 年 3 月 31 日拒绝给予上诉许可的裁定的判决，2006 年 7 月 13 日，上诉分庭》，第 21-27 段。

系和伊斯兰法系，但认为“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属于一般法律原则性质的或普遍采用的原则”。³⁶⁸

205. 上诉分庭还澄清说，第 21 条适用的国内法并不指任何特定国家法律。法院指出：

虽然根据《规约》第 21 条 1(c)款，法院可以适用‘法院从世界各国法系国内法中得出的一般原则’（仅作为附属法律渊源），但任何特定的国家法律都不构成《规约》第 21 条规定的适用法律的一部分。³⁶⁹

因此，在 *Bemba* 等人案中，上诉分庭“回顾法院只能适用《规约》第 21 条列举的法律渊源，……[认为] Kilolo 先生试图将规定对特权的‘犯罪欺诈例外’的某些国内原则，是没有道理的”。³⁷⁰

206. 同样在 *Lubanga* 案中，预审分庭指出，诉诸一般法律原则不同于受国内判例法的约束，规定“在《规约》第 21 条 1(a)和(b)款不适用的情况下，根据第 21 条 1(c)，适用法院从国内法得出的一般法律原则”，但“尽管如此说，分庭认为法院在证据事项上不受国内法院所作裁判的约束。”³⁷¹

207. 国际刑事法院有时还提及它所称的“国际法一般原则”。在一个案例中，审判分庭将其所称的“国际法一般原则”描述为“包括那些源自国内法律的原则”，规定在确定这些原则时，除其他外，可以考虑国际法院的判例。分庭裁定如下：³⁷²

……国际法院——对现在将由审判分庭裁判的事项来说意义重大——谨慎地重申了与一般情况下“国际组织”的“默示权力”有关的下列国际法一般原则……。

而且，在核试验案中，国际法院直接重复了国际性法院和法庭的默示权力原则……。

……

……在核试验案中重申的国际法一般原则和上文审查的判例路线早已定型如下。国际机构——特别是国际性法院——被认为具有行使其主要管辖权或履行其基本职责和职能所必需的默示权力。

³⁶⁸ 同上，第 25-27 和 32 段。

³⁶⁹ 《检察官诉 Jean-Pierre Bemba 等人，案件编号 ICC-01/05-01/13 AA2 A3 A4 A5，关于 Jean-Pierre Bemba Gombo 先生、Aimé Kilolo Musamba 先生、Jean-Jacques Mangenda Kabongo 先生、Fidèle Babala Wandu 先生和 Narcisse Arido 先生对审判分庭题为“根据《规约》第 74 条作出的判决”的判决的上诉的判决，2018 年 3 月 8 日，上诉分庭》，第 291 段。

³⁷⁰ 同上，第 434 段。

³⁷¹ 《检察官诉 Thomas Lubanga Dylo，案件编号 ICC-01/04-01/06，关于确认指控的裁定，2007 年 1 月 29 日，预审分庭》，第 69 段。

³⁷² 《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang》（见上文脚注 358），第 65-67 段。

事实上，该国际法一般原则早在国际法院成立之前就已为最具权威的古典法学家所承认。³⁷³

208. 审判分庭在完成识别上述“国际法一般原则”的工作后，便将这一原则用于其说理，证明其有权强行要求证人出庭：

仅依此默示权力原则本身，作为一项国际法一般原则，足以证明国际刑事法院审判分庭强行要求证人出庭的附带权力是正当的。因此，没有必要纠结于《罗马规约》中未明示和明确地排除暗示这一权力可能性的任何条款的含义。³⁷⁴

209. 在乌干达情势的一项裁判中，预审分庭提到一项关于司法机构职权的“众所周知的基本原则”³⁷⁵和“既定国际法原则”，³⁷⁶称该原则起源于或载于国际性法院和法庭的判例和文书中：

任何司法机构，包括任何国际性法庭，保留决定其司法管辖权和权限界线的权力和责任，这是众所周知的基本原则。《国际法院规约》第36条第6款明确规定了这一权力和义务，德文通常称为“*Kompetenz-Kompetenz* (管辖权的管辖权)”，法文称为“*la compétence de la compétence* (管辖权的管辖权)”。根据该款，“关于法院有无管辖权之争端，由法院裁决之”。国际法院在多个场合阐述了这一原则……

……前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南斯拉夫问题国际法庭)上诉分庭在 *Tadić* 案具有里程碑意义的《关于管辖权中间上诉辩方动议的裁定》中也确认了这一点。

……

……确实，国际法的既定原则是，任何国际组织“必须被视为拥有那些权力，尽管没有明示规定[……]但因对其履行职责必不可少，故以必要的默示的方式赋予其这些权力”。国际法院早在1949年就提出了这一原则，通常被称为“默示权力”或“固有权力”原则，国际法院也将其适用于国际组织的机关。³⁷⁷

³⁷³ 同上，第77-78段和81-82段。

³⁷⁴ 同上，第87段。

³⁷⁵ 《乌干达情势(检察官诉 Joseph Kony 和 Vincent Otti)，案件编号 ICC-02/04-01/05，关于检察官申请预审分庭将书记官处2005年12月5日所提意见以无关联性为由予以无视的裁定，2006年3月9日》，第22段。

³⁷⁶ 同上，第35段。

³⁷⁷ 同上，第22-23页和35段(脚注略)。另见《根据《法院条例》第46(3)条提出的请求，案件编号 ICC-RoC46(3)-01/18，关于“检方请求根据《规约》第19(3)条裁定管辖权”的裁定，2018年9月6日，审判分庭》，第29-33段；《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang》(见上文脚注358)，第83-87、94和104段。

210. 在 *Katanga* 案中，上诉分庭借鉴欧洲人权法院的判例法，以识别“可以从这些案件中得出的一般原则，即在诉讼后期阶段发出重新法律定性通知本身并不违反公正审判权”：

国际公认的人权不需要对这一法律条款做出不同的解释。审判分庭提到的欧洲人权法院的案件表明，可以在诉讼的后期阶段，包括在上诉阶段，或在国内最高法院的复核程序中，改变对事实的法律定性，而不一定会造成不公正。……

上诉分庭已经考虑到 *Katanga* 先生关于欧洲人权法院判例法的论点，但认为这些论点并不令人信服。他的任何论点都不会破坏可以从这些案件中得出的一般原则，即在诉讼的后期阶段发出重新法律定性的通知本身并不违反公正审判权。³⁷⁸

211. 审判分庭还讨论了关于证据采纳问题的“根据《规约》第 21 条的国内法或国际法的一般原则”，也将这些原则称为“普遍接受的法律原则”：

有鉴于此，分庭认为，可受理性的一般规则可以简单地表述如下：所有初步相关证据均可受理，但分庭可根据《规约》或《规则》的规定，或根据《规约》第 21 条规定的国内法或国际法一般原则，酌情排除相关证据。……此外，……根据公认的法律原则，该项证据还必须具有足够的可靠性指征，包括真实性指征。³⁷⁹

212. 在 *Katanga* 案中，上诉分庭提到它所称的与赔偿有关的“国际公法一般原则”，除其他外，还提到常设国际法院和美洲人权法院在识别该原则时的判例：

如上所述，*Katanga* 先生提出上诉的第一个理由是，赔偿的目的是弥补对受害人造成的伤害。这符合国际公法一般原则，即在可能的情况下，赔偿应试图恢复原状。基于这些理由，上诉分庭认为，原则上，其他人是否也可能促成了该人被定罪的罪行所造成的损害这一点与被定罪人赔偿这一损害的责任无关。³⁸⁰

3. 承认

213. 在国际刑事法院的判例中，如上文第 2 分节所示，法院确定，在五个国家司法管辖区中的承认范围过窄，无法为一般法律原则提供依据，并指出“不能仅

³⁷⁸ 《检察官诉 Germain Katanga》，案件编号 ICC-01/04-01/07 OA 13，关于 Germain Katanga 先生对 2012 年 11 月 21 日第二审判分庭题为“关于执行《法院条例》第 55 条并分案处理对各被告的指控的裁定”的裁定的上诉的判决，2013 年 3 月 27 日，上诉分庭》，第 93-94 段(脚注略)。

³⁷⁹ 《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang》，关于检方请求接受文件证据的裁定》(见上文脚注 358)，第 15 段。

³⁸⁰ 《检察官诉 German Katanga》，对第二审判分庭 2017 年 3 月 24 日题为“根据《规约》第七十五条发布的赔偿令”的命令的上诉的裁决》(见上文脚注 358)，第 178 段(脚注略)。

在审查五个国家司法管辖区的基础上提取一般法律原则，这些国家司法管辖区的实践甚至并不一致。”³⁸¹

214. 此外，鉴于检察官提出的一个论点涉及“据称存在一项一般法律原则，即规定禁止前检察官在离开检方后立即加入辩方”，因此上诉分庭裁定，承认的一致性在这种情况下有重要意义，并指出：“上诉分庭无意详细界定确立一项一般法律原则所需的条件，但注意到，检察官提到的五个国家的实践并不一致。值得注意的是，正如检察官所承认的那样，其中一个国家(联合王国)的实践似乎与检察官主张的做法相反。”³⁸²

215. 此外，预审分庭强调了“不同法律体系中”的承认情况，指出“分庭强调，诉讼程序各方必须遵守司法裁判也是不同法律体系承认的一项法律原则”，并且“这一原则适用于本法院进行的诉讼的各阶段”，并在相关脚注中援引了法国、尼日利亚、美国和印度的立法和判例法以及《国际法院规约》、《保护人权与基本自由公约》、前南问题国际法庭判例法和黎巴嫩问题特别法庭的判例法。³⁸³

216. 在 *Ruto* 和 *Sang* 案中，审判分庭提到的承认是“得到文明各国承认，承认为法律渊源”(“根据习惯国际法或文明各国所承认的一般法律原则可能构成藐视法庭的行为，根据《规约》第 21 条承认为本法院可予适用的法律渊源”)。³⁸⁴

4. 移置

217. 国际刑事法院未明确提到一般法律原则可否从国家法律制度移置到国际法体系。在 *Bemba* 等人案中，上诉分庭提到了“试图引入一些国内原则”，“上诉分庭回顾法院只能适用《规约》第 21 条列举的法律渊源，认为 *Kilolo* 先生试图移置规定‘犯罪-欺诈例外’的某些国内原则是没有道理的”。³⁸⁵

5. 功能及与其他国际法渊源的关系

(a) 功能

218. 国际刑事法院经常将一般法律原则作为国际法的其余渊源和填补法律空白的手段。³⁸⁶ *Katanga* 案可以说明这一点，在该案中，审判分庭认定：“分庭应仅

³⁸¹ 《检察官诉 Francis Kirimi Muthaura 等人》(见上文脚注 359)，第 27 段。另见《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo，关于让证人做好准备和熟悉情况以便出庭作证的裁定的裁定》(见上文脚注 357)，第 41 段。

³⁸² 《检察官诉 Abdallah Banda Abakaer Nourain 和 Saleh Mohammed Jerbo Jamus，案件号 ICC-02/05-03/09 OA，就检察官对第四审判分庭 2011 年 6 月 30 日题为“关于检方请求宣布辩护方律师任命无效的裁定”的裁定的上诉的判决，2011 年 11 月 11 日，上诉分庭》，第 33 段(脚注略)

³⁸³ 《科摩罗联盟、希腊共和国和柬埔寨王国登记船只的情势，案件号 ICC-01/13，关于“科摩罗联盟政府申请司法审查”的裁定，2018 年 11 月 15 日，第一预审分庭》，第 107 段(脚注略)。

³⁸⁴ 《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，庭审记录，2013 年 9 月 18 日》，第 13-23 行。

³⁸⁵ 《检察官诉 Jean-Pierre Bemba 等人》(见上文脚注 369)，第 434 段。

³⁸⁶ 例如，见《检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo，案件号 ICC-01/05-01/08，根据《规约》第 74 条作出的判决，2016 年 3 月 21 日，第三审判分庭》，第 69-71 段；《肯尼亚共和国情势，案件号 ICC-01/09，关于“受害人请求复核检方停止积极调查的决定”的裁定，2015 年 11 月 5 日，第二预审分庭》，第 16-18 段。

在确定《规约》、《犯罪要件》和《规则》的规定存在空白时，才适用《规约》第 21(1)(b)和第 21(1)(c)条规定的附属法律渊源”。³⁸⁷ 法院在一些案件中开展了确定是否存在这种空白的工作，并在其中一个案件中裁定，“分庭认为在这方面不存在需要参照《规约》第 21(1)(b)和(c)条提到的附属法律渊源来填补的空白”。³⁸⁸ 同样，审判分庭在 *Katanga* 案中指出，一般法律原则的功能是在《规约》存在空白之处提供附属法律渊源，因为第 21 条确立了“渊源的等级”：

分庭要强调的是，《规约》第 21 条确立了适用法律的渊源的等级，还强调，在其所有裁判中，必须“首先”适用《规约》的相关规定。因此，鉴于既定等级，分庭只有在确定《规约》、《犯罪要件》和《规则》的规定中存在空白时，才应适用《规约》第 21(1)(b)和第 21(1)(c)条规定的附属法律渊源。

分庭认为……，其无需适用《规约》第 21(1)(b)和第 21(1)(c)条规定的附属法律渊源……。

最后，根据《规约》第 21(2)条，分庭也可适用法院各预审分庭和审判分庭以前所作裁判以及上诉分庭判决中界定的法律原则和规则。³⁸⁹

219. 预审分庭在评估和驳回肯尼亚共和国情势中诉诸一般法律原则的论点时还认为，如果《规约》中存在空白，则可以依赖一般法律原则，同时认定《规约》在此情况下已经规范了这一问题：

……受害人认为，根据《规约》第 21(1)(c)条适用的一般法律原则，可以对未能调查或起诉的情况进行司法审查，这也符合《规约》第 21(3)条规定的国际承认的人权。

分庭回顾，《规约》第 21 条的目的是规范法院的法律渊源，并在这些法律渊源中确立等级。《规约》第 21(1)(a)条明确提到《规约》是第一法律渊源。只有在上诉分庭确定，《规约》或《规则》存在空白时，才有可能诉诸《规约》第 21(1)(b)和(c)条所述的附属法律渊源。

分庭指出，《规约》第 53 条详细规定了预审分庭审查检察官行使调查和起诉权力的权限以及行使这种权限的范围。因此，分庭认为这方面并不存在需要参照《规约》第 21(1)(b)和(c)条提到的附属法律渊源来填补的空白。³⁹⁰

220. 国际刑事法院还援引了《国际军事法庭宪章》(《纽伦堡宪章》)和国际法委员会所承认的“国际法原则”，将其作为《规约》第 27(2)条的基础，同时还在这一背景下提及习惯国际法：

³⁸⁷ 《检察官诉 Germain Katanga》，案件号 ICC-01/04-01/07，根据《规约》第 74 条作出的判决，2014 年 3 月 7 日，第二审判分庭》，第 39 段(脚注略)。

³⁸⁸ 《肯尼亚共和国情势》(见上文脚注 386)，第 18 段。

³⁸⁹ 《检察官诉 Germain Katanga》(见上文脚注 387)，第 39-40 和第 42 段(脚注略)。

³⁹⁰ 《肯尼亚共和国情势》(见上文脚注 386)，第 16-18 段(脚注略)。

值得注意的是，《规约》第 27(2)条是条约所定法中的一项明确规定，但也反映了习惯国际法的地位。在这方面，上诉分庭首先注意到纽伦堡国际军事法庭《纽伦堡宪章》第 7 条……。

1946 年 12 月 11 日，联合国大会明确确认了“纽伦堡法庭宪章和法庭判决承认的国际法原则”，并指示新成立的国际法委员会“将制定其中所承认的原则的[……]的计划作为首要事项来对待”。国际法委员会随后制定了《纽伦堡原则》……。

同一原则列入了国际法委员会《危害人类和平及安全治罪法草案》第 3 条。³⁹¹

221. 上诉分庭裁定，它不需要像前南问题国际刑事法庭那样依赖一般法律原则。上诉分庭在 *Lubanga* 案中宣告：

此外，值得注意的是，前南问题国际法庭的法律文书没有类似于条例 55 的规定。由于这一原因，在 *Kupreškić* 案的审判判决中，法官们考虑是否可以参照一项一般法律原则来填补前南问题国际法庭法律框架中的这一空白，并得出结论认为，关于对事实的法律定性的变更，不存在“世界上所有主要法律体系所共有的刑法一般原则”。而本法院情况不同。本法院法官通过了作为《法院条例》一部分的条例 55。因此，没有必要依靠一般法律原则来确定是否允许法律上的重新定性。

因此，上诉分庭不同意 *Lubanga Dyilo* 先生的论点，即条例 55 不应适用，因为据称不符合国际法一般原则。³⁹²

222. 预审分庭还将《罗马规约》第 21 条 1(b)和(c)款解释为“在必要时”使用，指出“这些要素的适用也得到可予适用的国际法原则和规则的支持”：

考虑到《规约》本质上是一项国际条约，分庭将使用《维也纳条约法公约》第 31 条和第 32 条规定的解释标准(特别是字面上的解释标准、上下文标准和目的论标准)，以确定《规约》第 17(1)(d)条规定的严重程度门槛的内容。根据《规约》第 21(1)(b)和(1)(c)条的规定，分庭还将在必要时使用“可予适用的条约及国际法原则和规则”以及“法院从世界各法系的国内法中得出的一般法律原则”。

这些要素的适用也得到了适用的国际法原则和规则的支持。³⁹³

(b) 与其他国际法渊源的关系

223. 按照《罗马规约》，国际刑事法院在适用自己的文书或条约法及“国际法原则和规则”无法提供解决办法的情况下，往往将一般法律原则作为附属法律渊源。³⁹⁴ 正如审判分庭在 *Katanga* 案中所作裁定：

³⁹¹ 《检察官诉 Omar Hassan Ahmad Al-Bashir》，案件号 ICC-02/05-01/09 OA2，约旦移交 Al-Bashir 上诉案的判决，2019 年 5 月 6 日，上诉分庭》，第 103-105 段(脚注略)。

³⁹² 《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo》(见上文脚注 358)，第 80-81 段(脚注略)。

³⁹³ 《检察官诉 Thomas Lubanga Dyilo》(见上文脚注 356)，第 42 段(脚注略)和第 55 段。

³⁹⁴ 《罗马规约》，其中规定“无法适用上述法律时，适用……一般法律原则”(第 21(1)(c)条)。

如果建立法院的文件案文没有具体解决某一特定问题，则分庭必须参考条约或习惯人道法以及一般法律原则。例如，为此目的，可能要求分庭参考特设法庭和其他法院关于该事项的判例。³⁹⁵

224. 审判分庭在 *Bemba* 案的判决中指出，根据《罗马规约》第 21 条 1(b)款，“国际法原则和规则”通常被认为是指习惯国际法：

第 21(1)(b)和 21(1)(c)条规定了“附属法律渊源”，当列入第 21(1)(a)条的渊源所载成文法存在空白时，可以诉诸这种渊源。根据第 21(1)(b)条，分庭视情况适用“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”。

“国际法原则和规则”通常被认为是指习惯国际法。分庭根据情况酌情在其他性国际法院和法庭的判例法，特别是国际法院的判例法中寻求帮助，以便识别此类原则和规则。³⁹⁶

225. 审判分庭在 *Bemba* 案中继续指出：

由于不存在第 21(1)(a)条所列主要法律渊源或第 21(1)(b)条所列附属渊源，因此，第 21(1)(c)条授权分庭适用“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”。³⁹⁷

此外，审判分庭认为，它可以适用“本法院以往裁判所述法律原则和规则”，从而“根据其以前的判例或本法院其他分庭的判例来作出裁判”。³⁹⁸

226. 上诉分庭在 *Muthaura* 等人案中确认，“如果《规约》第 21(1)(a)和(b)条所列法律渊源未对手头问题作出规范，则按照第 21(c)条，一般法律原则是可以诉诸的附属法律渊源；最后，正如‘视情况’一词所述，《规约》第 21(1)(c)条赋予法院自由裁量权，使其也可以从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法中得出这种一般原则，但并不要求法院必须这样做”，因此，在该案中，上诉分庭“没有义务适用肯尼亚法律”。³⁹⁹

227. 在 *Ruto* 和 *Sang* 案中，审判分庭裁定，国际法一般原则本身就足以证明管辖权是有正当理由的，称“默示权力原则是国际法一般原则，仅凭此就足以证明国际刑事法院审判分庭强制证人出庭的附属权力是有正当理由的。”审判分庭还

³⁹⁵ 《检察官诉 Germain Katanga》(见上文脚注 387)，第 47 段。

³⁹⁶ 《检察官诉 Jean-Pierre Bemba Gombo》(见上文脚注 386)，第 69 和 71 段(脚注略)。在一个提到国际法院的脚注中，审判分庭称：“《国际法院规约》第 38(1)(b)条承认‘国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者’是适用法律的主要渊源之一，这一事实支持了国际法院在这方面的特殊作用。”

³⁹⁷ 同上，第 73 段。

³⁹⁸ 同上，第 74 段。

³⁹⁹ 《检察官诉 Francis Kirimi Muthaura 等人，案件号 ICC-01/09-02/11 OA 4，关于“请求根据规则第 156(3)条就司法管辖权作出口头陈词”的裁定，2012 年 5 月 1 日，上诉分庭》，第 11 段(脚注略)。

表示没有必要参考《规约》：“这样就不必纠缠于是否引入《罗马规约》中并未明示和明确地排除暗示权力的可能性的条款。”⁴⁰⁰ 然而，上诉分庭在同一案件中认为，只有存在空白时，才会诉诸国际法一般原则这一渊源：

在法院的法律框架提供了确凿的法律依据的情况下，在审判分庭是否有权强迫证人出庭的问题上，探讨“默示权力”或“国际刑事习惯程序”的概念的引入问题是不正确的。这是因为，如上诉分庭先前的看法，根据《规约》第21(1)条，只有在存在空白的情况下，才有可能诉诸其他法律渊源。

如下文所述，上诉分庭认为，在阐释上诉中的问题方面不存在空白。因此，上诉分庭将不再处理这个问题……。⁴⁰¹

228. *Katanga* 案上诉分庭讨论了诉案范围外原则作为一项可能的一般法律原则，但认为其他渊源已经对该问题做出了规定：

上诉分庭回顾，根据《规约》第21(1)(c)条，法院可以适用“法院从世界各法系的国内法中得出的一般法律原则”。然而，即使诉案范围外原则可以被视为这样一项一般法律原则，同一规定也要求法院首先适用自己的《规约》、《规则》和《犯罪要件》。鉴于上述法院框架，该原则不适用于法院的赔偿程序。⁴⁰²

229. 在 *Katanga* 和 *Ngudjolo Chui* 案中，预审分庭还提到受害人了解真相的权利既体现了新兴的习惯国际法，也体现了一般法律原则，并指出：

由于国际人权文书和适用此类文书的机构的判例以及各国的立法和司法裁判实践承认受害人了解真相的权利，一些法学家表示，受害人了解真相(所谓真相，即事实得到确定、责任人得到明确且其责任得到宣布)的权利，是当今一种新兴的习惯规范，也是一项一般法律原则。⁴⁰³

⁴⁰⁰ 《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，关于检察官申请传唤证人和由此请求缔约国合作的裁定》(见上文脚注 358)，第 87 段。

⁴⁰¹ 《检察官诉 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang，案件号 ICC-01/09-01/11 OA 7 OA 8，关于 William Samoei Ruto 和 Joshua Arap Sang 先生对第五(A)审判分庭 2014 年 4 月 17 日题为“关于检察官申请传唤证人和由此请求缔约国合作的裁定”的裁定的上诉的判决，2014 年 10 月 9 日，上诉分庭》，第 105 段。

⁴⁰² 《检察官诉 Germain Katanga，关于对第二审判分庭 2017 年 3 月 24 日题为“根据《规约》第七十五条发布的赔偿令”的命令的上诉的判决》(见上文脚注 358)，第 148 段(脚注略)。

⁴⁰³ 《检察官诉 Germain Katanga 和 Mathieu Ngudjolo Chui，案件号 ICC-01/04-01/07，关于案件预审阶段受害人程序地位所附带的一套程序权利的判定，2008 年 5 月 13 日，第一预审分庭》，第 17 页，脚注 39。