



国际法委员会

第七十二届会议

2020年4月27日至6月5日和7月6日至8月7日，日内瓦

关于一般法律原则的第二次报告

特别报告员：马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯*

目录

	页次
导言	2
第一部分：一般问题	3
第二部分：识别源自国家法律体系的一般法律原则	5
一. 基本处理办法：两步分析	6
二. 确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在	7
三. 核实其移置于国际法体系	22
四. 与习惯国际法识别方法的区别	32
第三部分：识别在国际法体系内形成的一般法律原则	34
一. 一般考虑	34
二. 方法	36
三. 与习惯国际法识别方法的区别	48
第四部分：确定一般法律原则的辅助资料	50
第五部分：未来工作方案	53
附件	
拟议结论草案	54

* 特别报告员感谢 Xuan Shao 女士(牛津大学博士生)和 Alfredo Crosato Neumann 先生(国际与发展问题研究生院博士生)在编写本报告过程中提供的宝贵研究协助。



导言

1. 在第七十届会议上，国际法委员会决定将“一般法律原则”这一专题列入其当前工作方案。¹

2. 国际法委员会在 2019 年第七十一届会议上根据特别报告员介绍性的第一次报告² 举行了一般性辩论。³ 在辩论结束时，特别报告员除其他外得出结论认为：

(a) 委员会成员就该专题最后成果的范围和形式达成了共识。该专题将研究作为国际法渊源之一的一般法律原则的法律性质；一般法律原则的起源及其相应的类别；一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系；以及一般法律原则的识别。关于最后成果，与会者一致认为应采取附评注的结论的形式；

(b) 与会者普遍同意，委员会工作的起点是《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项，并根据各国的实践和国际性法院和法庭的判例对之加以分析；

(c) 与会者普遍认为，“承认”是一般法律原则存在的根本必要条件；

(d) 委员会成员一致认为，“文明国家”一词过时，不应再使用。在当今世界，所有的国家都必须被认为是文明的；

(e) 委员会成员一致支持源自国家法律体系的一般法律原则这一类别，并同意采取一个一般办法，即要识别此类原则，则需要进行两步分析；

(f) 委员会许多成员支持列入在国际法体系内形成的一般法律原则这一类别。与此同时，除其他问题外，就这些原则如何识别及其与习惯国际法的关系如何等问题提出了各种关切。⁴

3. 在第六委员会内也曾有过类似的意见。若干代表团同意该专题的拟议范围。一些代表团还同意，国际法委员会工作的起点应是《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项，但“文明国家”一词过时，不应再使用。⁵ 各代表团还普遍同意对第一类一般法律原则的描述及其与本专题的相关性。大多数国家支持第二类一般法律原则，但对该类别是否属于本专题的范围、是否有足够的国家实践来得出有意义的结论、或者这些原则是否属于另一种国际法渊源表示怀疑。⁶ 各代表团还强调，国际法委员会应注意一般法律原则与习惯国际法之间的区别。⁷

¹ A/72/10，第 267 段。

² A/CN.4/732。

³ A/CN.4/SR.3488-3494。

⁴ A/CN.4/SR.3494。

⁵ A/CN.4/734，第 33 段。

⁶ 同上，第 34 段。

⁷ 同上。

4. 在第七十一届会议上，国际法委员会请各国提供资料，说明其在一般法律原则方面的实践。⁸ 截至编写本报告时，已收到四个国家的书面材料，特别报告员对此深表感谢。并随时欢迎各国提供更多的材料。

5. 本报告论述《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则的识别。第一部分论述了关于识别的一些一般问题。报告回顾了 2019 年辩论中就识别问题达成的初步结论，并在本报告中简要说明了特别报告员的总体处理办法。

6. 第二部分论述源自国家法律体系的一般法律原则的识别。第一章简要阐述这一问题的基本处理办法，即要从各国法律体系中识别出一般法律原则，需要进行两步分析。第二章和第三章分别论述这一分析的每个步骤：一是识别世界主要法律体系共有的一项原则的存在，二是核实该原则移置于国际法体系。最后，第四章论述了源自国家法律体系的一般法律原则的识别方法与习惯国际法的识别方法之间的区别。

7. 报告第三部分涉及在国际法体系内形成的一般法律原则的识别。第一章回顾了在国际法委员会和第六委员会 2019 年辩论期间就这类一般法律原则提出的主要问题，并解释了特别报告员在这方面的一般处理办法。第二章论述国际法体系内形成的一般法律原则的存在的确切方法。第三章论述该方法与习惯国际法的识别方法之间的区别。

8. 第四部分论述一般法律原则的辅助识别资料。最后，第五部分简要阐述未来工作方案。

第一部分：一般问题

9. 在谈到目前正在审议的问题的具体方面之前，应该说明五点一般性意见。

10. 首先，由于本专题的目的是向所有可能被要求适用一般法律原则的人提供实际指导，特别报告员认为，国际法委员会不需要系统地处理一般法律原则生、变或灭的复杂过程。当然，委员会在澄清一般法律原则的识别方法时，会间接提及这些过程，因为这些问题显然是互相关连的。然而，委员会的工作重点应继续放在以实际方式澄清如何展示在特定时间点存在一项一般法律原则及其内容。⁹

11. 第二，如上所述，在国际法委员会和在第六委员会中，都达成一项普遍一致意见，即承认是一般法律原则存在的基本必要条件。¹⁰ 因此，要找出《国际法院规约》第 38 条第 1 款(3)项所指的一般法律原则，必须仔细检视所有现有证据，证明一项一般法律原则已“为文明各国所承认”。这是一个客观标准，下文第二部分和第三部分试图以现有的实践和判例法为基础，结合相关文献加以澄清。

⁸ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 30 段。

⁹ 国际法委员会在“习惯国际法的识别”专题中也采用了这一办法(见关于该专题的结论 1 的评注第(5)段，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，见第 124 页)。

¹⁰ A/CN.4/732，第 164 段。

12. 第三个一般性意见涉及《国际法院规约》第 38 条第 1 款(C)项中使用的“文明各国”一词，而如第一次报告所述，该词指的是一般法律原则必须得到谁的承认才能存在。¹¹ 国际法委员会成员在 2019 年的辩论中提出了各种有用的建议，旨在找到一个最新的替代者。¹²

13. 特别报告员认为，使用“community of nations (国际社会)”一词是最合适的。这是《公民及政治权利国际公约》第 15 条第 2 款使用的表述(“各国[国际社会]公认的一般法律原则”[原文无着重标示])，而该条约有 173 个国家加入，因此得到广泛接受。¹³ 由于第 15 条第 2 款明确提到《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所列国际法渊源，因此可以认为它反映了今天对“文明各国”一词的解释。因此，在本报告通篇中，在提到一般法律原则需要得到承认时，使用的是“国际社会”，而不是“文明国家”。

14. 第四，可回顾，第一次报告区分了属于《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项的两类不同的一般法律原则，国际法委员会在其工作中应加以处理，即：源自国家法律体系的一般法律原则和在国际法体系内形成的一般法律原则。在仔细审议了国际法委员会和第六委员会内表达的所有意见后，特别报告员认为应保持对这两类之间的区分。

15. 最后，特别报告员希望重申他的一个观点，即确定是否存在一般法律原则的标准必须严格，不得将这些标准用作识别国际法规范的捷径。同时，这些标准必须足够灵活，以使一般原则的识别不被视为一项不可能完成的任务。找到适当的平衡将是国际法委员会本专题工作取得成功的关键。¹⁴

¹¹ 同上，第 176 段。

¹² 提出了“international community (国际社会)”，“international community of States (国际国家共同体)”，“international community of States as a whole (国际全体国家共同体)”，“international community as a whole (整个国际社会)”和“community of nations (国际社会)”等不同术语。见 Galvão Teles 女士的发言(A/CN.4/SR.3489，第 21 页)；Gómez-Robledo 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 10 页)；Hassouna 先生的发言(A/CN.4/SR.3490，第 24 页)；Hmoud 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 15 页)；Nguyen 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 14 页)；Nolte 先生(A/CN.4/SR.3492，第 18 页)；Ruda Santolaria 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 13 页)；Šturma 先生的发言(A/CN.4/SR.3493，第 15 页)。另见 Sienho Yee, “We are all ‘civilized nations’: Arguments for cleaning up Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, in Yee (ed.), *Towards an International Law of Co-progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (Leiden, Brill, 2014), pp. 21-35。

¹³ 《公民及政治权利国际公约》(1966 年 12 月 16 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 999 卷，第 14668 号，第 171 页。另见德国的发言(A/C.6/74/SR.28，第 105 段)；秘鲁的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅，网址：<https://papersmart.unmeetings.org/>)；塞拉利昂的发言(A/C.6/74/SR.31，第 110 段)；美国的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)。

¹⁴ A/CN.4/SR.3494，第 6 页。

第二部分：识别源自国家法律体系的一般法律原则

16. 第一次报告表明,《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所指的一般法律原则包括源自国家法律体系的原则,这一点在实践和文献中都得到了很好的确立。¹⁵ 如上文所述,在 2019 年关于该专题的辩论中,国际法委员会几乎所有成员都同意这一立场。第六委员会中若干国家在这方面也同样表示同意。特别是下列国家:澳大利亚、¹⁶ 奥地利、¹⁷ 白俄罗斯、¹⁸ 智利、¹⁹ 中国、²⁰ 古巴、²¹ 捷克共和国、²² 厄瓜多尔、²³ 埃及、²⁴ 萨尔瓦多、²⁵ 爱沙尼亚、²⁶ 法国、²⁷ 伊朗伊斯兰共和国、²⁸ 意大利、²⁹ 马来西亚、³⁰ 密克罗尼西亚联邦、³¹ 荷兰、³² 挪威(代表北欧)、³³ 秘鲁、³⁴ 菲律宾、³⁵ 葡萄牙、³⁶ 俄罗斯联邦、³⁷ 塞拉利昂、³⁸ 斯洛伐克、³⁹ 西班牙

¹⁵ [A/CN.4/732](#), 第 190-230 段。

¹⁶ 可从 PaperSmart 门户网站查阅。

¹⁷ [A/C.6/74/SR.31](#), 第 88 段。

¹⁸ 同上, 第 95 段。

¹⁹ [A/C.6/74/SR.32](#), 第 49-51 段。

²⁰ [A/C.6/74/SR.27](#), 第 95-96 段。

²¹ [A/C.6/74/SR.31](#), 第 135 段。

²² [A/C.6/74/SR.32](#), 第 104 段。

²³ [A/C.6/74/SR.27](#), 第 37 段。

²⁴ [A/C.6/74/SR.32](#), 第 90 段。

²⁵ 同上, 第 111 段。

²⁶ 同上, 第 118 段。

²⁷ [A/C.6/74/SR.31](#), 第 122 段。

²⁸ 可从 PaperSmart 门户网站查阅。

²⁹ [A/C.6/74/SR.32](#), 第 33 段。

³⁰ 可从 PaperSmart 门户网站查阅。

³¹ [A/C.6/74/SR.32](#), 第 54 段。

³² [A/C.6/74/SR.31](#), 第 153 段。

³³ 同上, 第 77 段。

³⁴ 可从 PaperSmart 门户网站查阅。

³⁵ [A/C.6/74/SR.32](#), 第 3 段。

³⁶ 同上, 第 85 段。

³⁷ 同上, 第 78 段。

³⁸ [A/C.6/74/SR.31](#), 第 109 段。

³⁹ 同上, 第 118 段。

牙、⁴⁰ 苏丹、⁴¹ 大不列颠及北爱尔兰联合王国、⁴² 美利坚合众国⁴³ 和越南。⁴⁴ 特别报告员认为，对这类一般法律原则的广泛支持为国际法委员会继续开展工作提供了坚实的基础。

17. 与会者还一致认为，识别源自国家法律体系的一般法律原则的基本方法包括两步分析：第一，确定世界主要法律体系共有的一项原则的存在；第二，核实该原则移置于国际法体系。⁴⁵ 对这一方法提出了一些问题，特别是：

- (a) 承认的确切表达方式；
- (b) 一项原则必须在多大程度上存在于国家法律体系中；
- (c) 在这一背景下，“国际社会”的确切含义是什么；和
- (d) 如何区分一般法律原则的识别方法和习惯国际法的识别方法。

18. 特别报告员已适当考虑到这些问题，并将在下文中加以论述。

一. 基本处理办法：两步分析

19. 第一份报告指出，一般认为，识别源自国家法律体系的一般法律原则的方法包括两步分析：第一，确定世界主要法律体系共有的一项原则的存在；第二，核实该原则移置于国际法体系。

20. 分两步进行的分析是一项综合分析，旨在展示《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所规定的承认要求已经得到满足。通过这一分析，为确定存在一项源自国家法律体系的一般法律原则，以及确定该一般法律原则的内容是什么，提供了客观依据。两步分析是一项严格的测试；一般法律原则的存在不能，也不应该轻易假定。

21. 第一份报告提出一个问题，即就这类一般法律原则而言，第 38 条第 1 款(c)项下的“承认”的确切含义是什么。报告指出，有时有人建议，当世界主要法律体系中存在一项原则时，即满足了承认的要求。⁴⁶ 然而，第一份报告也质疑承认在核实这一原则是否移置于国际法体系方面的作用(如有)是什么。⁴⁷

⁴⁰ A/C.6/74/SR.32，第 39 段。

⁴¹ 同上，第 28 段。

⁴² 同上，第 15 段。

⁴³ 可从 PaperSmart 门户网站查阅。

⁴⁴ A/C.6/74/SR.32，第 59 段。

⁴⁵ A/CN.4/SR.3494，第 6 页。

⁴⁶ A/CN.4/732，第 167-168 段。

⁴⁷ 同上，第 170 段。另见 Murphy 先生的发言(A/CN.4/SR.3490，第 13 页)和 Michael Wood 爵士的发言(同上，第 7 页)。

22. 如下文将进一步详细解释的那样，在这方面，承认是指在国家法体系中存在构成国际法一部分的原则，但须符合某些条件。分析的第一步是展示国际社会对一项法律原则的普遍承认，以及该原则的基本内容是什么。分析的第二步旨在表明，如果一方面这些原则符合国际法基本原则，另一方面其在国际法体系中适用适用的条件具备，则国际社会也即承认这些原则是国际法的一部分。

二. 确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在

23. 识别源自国家法律体系的一般法律原则的分析的第一步是确定存在一项世界主要法律体系共有的原则。这一方法在国家实践、国际判例法理和文献中都很成熟，本质上需要对各国法律体系进行比较分析，以表明一项原则是它们所共有的，并因此得到国际社会的承认。正是在两步分析的这一阶段，才能确定源自国家法律体系的一般法律原则的本质内容。

24. 为了阐明方法的这一部分，以下各节论述必须参考哪些国家法律体系、如何确定一项原则是它们所共有的，以及哪些材料与比较分析的目的有相关性等问题。

A. “世界各主要法系”

25. 要讨论的第一个问题是，为了识别属于第一类的一般法律原则，必须参考哪些国家法律体系。如下文所述，为确保关于承认的要求得到满足，决定性的标准是，比较分析必须具有广泛性和代表性，反映所谓“世界各主要法系”的情况。⁴⁸

26. 这一分析的出发点是《国际法院规约》第 38 条第 1(c)款，该款本身提供了一些指导。这一条款要求一般法律原则得到国际社会(法文为 *l'ensemble des nations*)的承认，这意味着，一般法律原则须为国际社会成员普遍承认才会存在。⁴⁹ 这一处理办法得到了《联合国宪章》第二条第一项和《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》⁵⁰ 所载国家主权平等原则的支持，还得到了如下事实的支持：如第一次报告所示和国际法委员会委员所承认的，一般法律原则构成一般国际法的一部分。⁵¹ 国际法院在北海大陆架案中指出，一般国际法的规则“对国际社会所有成员具有同等效力”，⁵² 因此，这些规则必须得到这些成员的普遍承认。在对识别源自国家法律体系的一般法律原则进行分析的第一步范

⁴⁸ 见下文第 54 段。

⁴⁹ 另见《公民及政治权利国际公约》第 15 条第 2 款(“各国公认之一般法律原则”)；《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 38544 号，第 3 页，第 21 条第 1 款(“从世界各法系的国内法……中得出的一般法律原则”)。阿蒙法官在对北海大陆架案的个别意见中指出，《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项的案文必须解释为“在主权平等的基础上，使其范围具有普遍性，不会在同一共同体成员间有所歧视”。见《北海大陆架》，判决书，1969 年国际法院案例汇编，第 3 页，福阿德·阿蒙法官的个别意见，第 101 页，见第 135 页。

⁵⁰ 大会 1970 年 10 月 24 日第 2625(XXV)号决议，附件。该决议特别申明“各国法律地位平等”。

⁵¹ A/CN.4/732，第 160-161 段；A/CN.4/SR.3494，第 4 页。

⁵² 北海大陆架(见上文脚注 49)，第 39 页，第 63 段。

围内，上述内容转化为要求涵盖尽可能多的国家法律体系，以确保一项原则得到国际社会的有效承认。

27. 这种处理办法得到实践的证实，在实践中可以找到多个提及了一项原则须在国家法律体系中得到广泛承认这一点的例子。例如，在巴塞罗那电车公司案中，国际法院提到“国内法律体系普遍接受的规则”。⁵³ 各国和其他国际性法院和法庭也指出，一项原则必须在国家法律体系中得到普遍承认，⁵⁴ 或者必须存在于“所

⁵³ 《巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司，判决书，1970年国际法院案例汇编》，第3页，第38页，第50段。另见《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，初步反对意见，判决书，2007年国际法院案例汇编》，第582页，第605页，第60-62段；《艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，案情实质，判决书，2010年国际法院案例汇编》，第639页，见第675页，第104段。

⁵⁴ 例如见《1906年12月23日西班牙国王的仲裁裁决，1960年11月18日判决书，国际法院，1960年国际法院案例汇编》，第192页，尼加拉瓜的辩诉状，第56段(“ce qui se passe en général dans le droit interne” [国内法中普遍出现的情况])；*Questech, Inc. v. Iran*, Case No. 59, Award No. 191-59-1, 20 September 1985, Iran-United States Claims Tribunal, *Iran – United States Claims Tribunal Reports (IUSCTR)*, vol. 9, pp. 107 et seq., p. 122 (“纳入如此多的法律体系”)；《加布奇科沃-大毛罗斯项目(匈牙利/斯洛伐克)，国际法院，1997年国际法院案例汇编》，第7页，斯洛伐克的答辩状，第一卷，第6.27段(“国内合同中的常见情况”)；*Germany, Constitutional Court, Judgment*, 4 September 2004, 2 BvR 1475/07, para. 20。(“国内法律体系共有的公认法律原则”)；《关于苏丹政府与苏丹人民解放运动/解放军之间对阿卜耶伊地区划界的仲裁裁决，案件编号：2008-7，2009年7月22日裁决，常设仲裁法院，国际仲裁裁决汇编》，第三十卷，第145-416页，见第299页，第401段(“适用于国际公法和国家法律体系的审查原则，只要后者的实践是普遍共同的”)；*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 622 (“在很大程度上适用于本国法院的规则”)；*Philippines, Supreme Court of the Philippines, Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, Decision of 8 March 2016 (G.R. No. 221697; GR Nos. 221698-700), pp. 19, 21 (“法律体系的普遍基础”)。另见 *Isaiah v. Bank Mellat*, Case No. 219, Award No. 35-219-2, 30 March 1983, Iran-United States Claims Tribunal, *IUSCTR*, vol. 2, pp. 237 et seq.; *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, Case No. 430, Award No. 438-430-1, 5 September 1989, Iran-United States Claims Tribunal, *IUSCTR*, vol. 23, p. 171, para. 92；《检察官诉 Dragoljub Kunarac、Radomir Kunac 和 Zoran Vuković，案件编号：IT-96-23-T 和 IT-96-23/1-T，2001年2月22日判决书，前南斯拉夫问题国际刑事法庭》，第439页；*Germany, Constitutional Court, Judgment*, 8 May 2007, BVerGE 118, 124, para. 63。

有”法律体系、⁵⁵ “主要”或“重要”法律体系中，⁵⁶ 或存在于“许多”⁵⁷ 或“大多数”⁵⁸ 法律体系中。

28. 然而，上述立场并不意味着，为了识别一项一般法律原则，必须参考世界上每一个国家的法律体系。⁵⁹ 如果这么做的话，识别一般法律原则的工作即使不是不可能，也将是极其繁琐的。相反，在实践中出现了一种更为务实的做法，即各

⁵⁵ 例如见《巴西、挪威和瑞典之间的女王号案(1871年)》(“所有国家的立法都承认”(见 Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Bern, Stämpfli, 1902), p. 155); 《科孚海峡案, 1949年4月9日判决书, 国际法院, 1949年国际法院案例汇编》, 第4页, 见第18页(“所有法律体系都采纳”); 《检察官诉 Zejnir Delalić 等人, 案件编号: IT-96-21-T, 关于允许证人 K、L 和 M 通过视频连接会议作证的动议的裁判, 1997年5月28日, 审判分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第7-8段(“为所有文明国家的国内法所接受”); 《检察官诉 Jean-Paul Akayesu, 案件编号: ICTR-96-4-T, 1998年9月2日判决书, 卢旺达问题国际刑事法庭》, 第46页(“得到世界各地所有法律体系的承认”); 《检察官诉 Duško Tadić, 案件编号: IT-94-1-A, 1999年7月15日判决书, 上诉分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第225页(“有必要表明, 即使不是所有国家, 也有大部分国家采用同一概念”); 《检察官诉 Zejnir Delalić 等人, 案件编号: IT-96-21-A, 2001年2月20日判决书, 上诉分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第179段(“得到所有法律体系的承认”)。

⁵⁶ 例如见《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, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第178段(“世界所有重要法律体系”); 《检察官诉 Duško Tadić, 案件编号: IT-94-1-A, 2000年1月31日关于指控前律师 Milan Vujin 藐视法庭的判决书, 上诉分庭, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第15段(“世界重要法律体系所共有”); 《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, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第677段(“世界主要刑事体系”); 《某些财产(列支敦士登诉德国), 初步反对意见, 判决书, 2005年国际法院案例汇编》, 第6页, 列支敦士登的诉状, 见第144页, 第6.5段(“它适用于主要的国内法体系”); Switzerland, Federal Council, “Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne” (30 March 2011), *Federal Gazette*, p. 3401, at p. 3411; 《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, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第1644段(“世界上的重要法律体系”)。

⁵⁷ 例如见《拉格朗(德国诉美利坚合众国), 判决书, 国际法院, 2001年国际法院案例汇编》, 第466页, 德国的诉状, 第4.125段(“众多国家法律体系”); 《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, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭》, 第141段(“许多国内司法管辖区”); 《收缴和扣押某些文件和数据的问题(东帝汶诉澳大利亚), 临时措施, 2014年3月3日命令, 2014年国际法院案例汇编》, 第147页, 澳大利亚的辩诉状, 第一卷, 第4.15、4.18和4.21段(“许多国内法律体系”)。

⁵⁸ 例如见《Fabiani 案》(1896年)(*Pasicrisie internationale* (上文脚注 55), 第356页)(“大多数立法”); *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions*, Award, 12 April 1977, *International Legal Materials*, vol. 20 (January 1981), pp. 1-87, at p. 37 [72](“最为公认的法律体系”); *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Award No. 135-33-1, 20 June 1984, *IUSCTR*, vol. 6, p. 168(“在世界绝大多数国内法律体系中编纂入法律或得到司法承认”); *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment (Reparations and Costs), 10 September 1993, *Inter-American Court of Human Rights*, Series C, No. 15, para. 62(“大部分法律体系”); *El Paso v. Argentina* (上文脚注 54), 第623段(“大多数国家法律体系中适用的规则和原则”)。

⁵⁹ 正如国际法委员会的一位委员所指出, 这同样不是一个数学计算的问题。见伍德先生的发言(A/CN.4/SR.3490, 第8页)。同样, 田中法官认为, “文明国家承认一项原则……并不意味着所有文明国家都承认”(《西南非洲, 第二阶段, 判决书, 国际法院, 1996年国际法院案例汇编》, 第6页, 田中法官的反对意见, 第250页, 见第299页)。

国及国际性法院和法庭力求开展具有广泛性和代表性的比较分析，涵盖世界上的不同法律族系和区域。

29. 这方面的国家实践尤其见于各国向国际性法院和法庭提交的文书。例如，在阿拉巴马号索赔仲裁案中，美国为了确定 1871 年《华盛顿条约》中使用的“应尽义务”一词的含义，提及了罗马法以及英格兰、“美利坚”和“欧洲大陆”的法律。⁶⁰ 同样，在虔诚基金案中，墨西哥和美国依据罗马法以及比利时、法国、德国、墨西哥、荷兰、普鲁士、西班牙和美国的法律和判例来确定既判力原则的内容。⁶¹

30. 一些当代国家实践包含范围更广泛的比较分析。因此，在通行权案中，葡萄牙为了证明存在一项使其有权进入飞地领土的一般法律原则，对 64 个国家的法律体系进行了比较研究，并认为这项研究代表了所有法律族系：“所谓的大陆法(拉丁法或日耳曼法)、“普通法”、大众民主政体的法律、伊斯兰法、斯堪的纳维亚法、亚洲法”。⁶² 在某些磷酸盐地案中，瑙鲁也对“信托和类似信托机构在世界各种法律体系中得到承认的程度”进行了比较研究。这项研究涵盖了世界不同区域的普通法体系和大陆法体系，包括阿根廷、澳大利亚、孟加拉国、比利时、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、塞浦路斯、丹麦、埃塞俄比亚、芬兰、法国、德国、加纳、希腊、匈牙利、印度、爱尔兰、意大利、日本、列支敦士登、墨西哥、荷兰、新西兰、尼日利亚、巴基斯坦、罗马尼亚、塞内加尔、南非、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、联合王国和美国。⁶³

31. 同样，在阿韦纳和其他墨西哥国民中，墨西哥为了证明存在关于排除非法证据的一般法律原则，进行了一项涵盖大陆法体系和普通法体系的比较分析，特别提及加拿大、法国、德国、意大利、日本、墨西哥、联合王国和美国等国的立法和判例法。⁶⁴

⁶⁰ 《美利坚合众国就阿拉巴马号向大不列颠提出的索赔，1872 年 9 月 14 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第二十九卷，美国的文书(见《美国向依据美利坚合众国与大不列颠女王陛下 1871 年 5 月 8 日在华盛顿缔结的条约条款在日内瓦召集的仲裁法庭提出的理由》(1871 年，美国国务院)，第 150-158 页)。

⁶¹ *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1902), Mexico's Response, pp. 7-8; Replication of the United States, pp. 7, 10; Conclusions of Mexico, p. 11; Statement and Brief on Behalf of the United States, pp. 32, 46-47, 50-52; Record of Proceedings, pp. 123, 130, 131, 235, 309. 另见《俄罗斯赔偿案(俄罗斯，土耳其)，1912 年 11 月 11 日裁决，国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 421-447 页，见第 439-440 页，其中奥斯曼帝国反对存在国家支付罚息的义务，并提及罗马法以及受罗马法影响的大陆法系立法以支持其立场。

⁶² 《穿越印度领土的通行权(案情实质)，1960 年 4 月 12 日判决书，国际法院，1960 年国际法院案例汇编》，第 6 页，葡萄牙的答辩状，第 543 段。

⁶³ 《瑙鲁境内某些磷酸盐地(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见，判决书，国际法院，1992 年国际法院案例汇编》，第 240 页，瑙鲁的诉状，附录 3。

⁶⁴ 《阿韦纳和其他墨西哥国民(墨西哥诉美利坚合众国)，判决书，国际法院，2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，墨西哥的诉状，第 374-376 段。

32. 在某些财产案中，列支敦士登试图确定不当得利原则作为一般法律原则的存在，把罗马法引为依据，并指出“所有或几乎所有国内法律体系都纳入了这一原则”。⁶⁵ 列支敦士登特别提及澳大利亚、奥地利、加拿大、法国、德国、意大利、荷兰、瑞士、联合王国和美国的立法和判例，以及“基于伊斯兰法的法律体系”。⁶⁶

33. 在收缴和扣押某些文件和数据的问题案中，东帝汶依据对国家法律体系的三次非详尽审查来识别法律专业保密特权这一原则。这些审查涵盖 46 个法律体系，其中包括普通法体系和大陆法体系，涉及世界不同区域(非洲、亚太、欧洲、拉丁美洲、中东和北美)。⁶⁷ 澳大利亚在对东帝汶援引的一般法律原则的内容提出异议时，提出了自己的比较研究，涵盖 17 个国家的法律体系。⁶⁸

34. 菲律宾最高法院在最近审理的一起案件中裁定：

申诉人提交的证据显示，亚洲、北美、南美和欧洲至少有六十个国家通过了立法，承认弃婴为本国公民。其中有四十二(42)个国家实行血统制。在这六十个国家中，只有三十三(33)个国家是 1961 年《[减少]无国籍状态公约》的缔约方；二十六(26)个国家没有签署该公约。另外，首席大法官……指出，在调查涵盖的 189 个国家中，有 166 个国家(87.83%)承认弃婴是公民。这些情况，包括实行血统制的国家的实践表明，假定弃婴是其发现地国家的国民所生，是一项获得普遍接受的国际法原则。⁶⁹

35. 国际性法院和法庭的判例再次表明了上述国家实践中出现的处理办法。在这方面特别相关的是各国际刑事法庭的判例法，其中可以找到对国家法律体系的广泛比较分析。

36. 例如，在 *Delalić* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭驳回了以精神责任减少为理由的辩护(《法庭规约》中没有规定这一理由)。为此，上诉分庭分析了普通法体系(澳大利亚、巴哈马、巴巴多斯、新加坡、南非、美国、英格兰、

⁶⁵ 《某些财产》(见上文脚注 56)，列支敦士登的诉状，第 6.7-6.8 段。

⁶⁶ 同上，第 6.8-6.13 段。

⁶⁷ 《收缴和扣押某些文件和数据的问题》(见上文脚注 57)，东帝汶的诉状，附件 22-24。纳入研究的 46 个法律体系是：澳大利亚、奥地利、比利时、巴西、保加利亚、中国、塞浦路斯、捷克共和国、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、印度尼西亚、爱尔兰、意大利、日本、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、马耳他、墨西哥、荷兰、新西兰、挪威、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、沙特阿拉伯、新加坡、南非、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、瑞士、泰国、土耳其、联合王国和美利坚合众国、欧洲联盟和中国香港。

⁶⁸ 同上，澳大利亚的辩诉状，第二卷，附件 51。这项研究涵盖了以下国家的立法和判例法：澳大利亚、比利时、丹麦、法国、德国、印度、印度尼西亚、墨西哥、摩洛哥、新西兰、俄罗斯联邦、斯洛伐克、瑞士、东帝汶、乌干达、联合王国和美利坚合众国。马耳他编写了一份类似的比较研究报告，援引一般法律原则来解释《国际法院规约》第六十二条。见《大陆架(突尼斯/阿拉伯利比亚民众国)》，参加诉讼申请，判决书，1981 年国际法院案例汇编》，第 3 页，关于参加诉讼申请的口头辩论，第三次开庭，1981 年 3 月 20 日上午，第 341 页。

⁶⁹ Supreme Court of the Philippines, Decision of 8 March 2016(见上文脚注 54)，第 21 页。最高法院明确提及《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项。

苏格兰和中国香港)和大陆法体系(克罗地亚、法国、德国、意大利、日本、俄罗斯联邦、土耳其和前南斯拉夫)。⁷⁰

37. 在 *Pavle Strugar* 案中, 上诉分庭在确认预审分庭关于被告的健康状况是否适合受审(这一事项同样没有在《法庭规约》中得到明确规定)的裁定时, 分析了普通法司法管辖区(澳大利亚、加拿大、印度、马来西亚、联合王国、美国)和大陆法管辖区(奥地利、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、智利、克罗地亚、德国、日本、黑山、荷兰、大韩民国、俄罗斯联邦、塞尔维亚)的立法和判例法。⁷¹

38. 同样, 在 *Erdemović* 中, 上诉分庭为了确定胁迫是否可以构成完整抗辩理由, 对大陆法体系(比利时、智利、芬兰、法国、德国、意大利、墨西哥、荷兰、尼加拉瓜、挪威、巴拿马、波兰、西班牙、瑞典、委内瑞拉玻利瓦尔共和国和前南斯拉夫)和普通法体系(澳大利亚、加拿大、印度、马来西亚、尼日利亚、南非、美国和英格兰)以及“其他国家”(中国、埃塞俄比亚、日本、摩洛哥、索马里)的刑法进行了比较分析。⁷²

39. 在 *Furundžija* 案中, 法庭的一个审判分庭同样依据几个国家的法律体系(阿根廷、奥地利、波斯尼亚和黑塞哥维那、智利、中国、法国、德国、印度、意大利、日本、荷兰、巴基斯坦、乌干达、赞比亚、英格兰和威尔士、前南斯拉夫和新南威尔士(澳大利亚))来找到对强奸的共同定义。⁷³ 后来, 在 *Kunarac* 案中, 另一个审判分庭进行了类似的分析, 以扩大 *Furundžija* 案审判分庭得出的强奸定义。⁷⁴

40. 然而, 上述例子并不常见。在其他案件中, 法院和法庭进行了范围较为有限的比较分析, 尽管也是力求在某种程度上确保考虑到不同的法律族系以及世界各区域。

41. 例如, 关于国家间仲裁, 在俄罗斯赔偿案中, 仲裁庭依据“罗马法及其衍生法”得出结论认为, 国家责任的一般原则意味着, 若延迟支付债务, 则负有特殊责任。⁷⁵ 在阿卜耶伊仲裁案中, 仲裁庭为了确定有关机构审查的法律原则, 除其他外提及“欧洲大陆某些法律体系”(特别是德国)以及联合国王国和美国的法律体系。⁷⁶

42. 在 *Tadić* 案中, 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在讨论其是否有权处理藐视法庭时, 把普通法体系(联合王国)和大陆法体系(中国、法国、德国、俄罗斯

⁷⁰ *Delalić* (2001 年)(见上文脚注 55), 第 584-589 段。

⁷¹ 《检察官诉 *Pavle Strugar*, 案件编号: IT-01-42-A, 2008 年 7 月 17 日判决书》, 第 52-54 段。

⁷² 《检察官诉 *Dražen Erdemović*, 案件编号: IT-96-22-A, 1997 年 10 月 7 日判决书》, 第 19 段, 提及麦克唐纳法官和沃赫拉法官的联合个别意见, 第 59-65 段。另见《检察官诉 *Kupreškić* 等人, 判决书, 审判分庭》(见上文脚注 56), 第 680-688 和 693 段。

⁷³ *Furundžija* (见上文脚注 56), 第 180 段。

⁷⁴ *Kunarac* (见上文脚注 54), 第 437-460 段(提及阿根廷、澳大利亚、奥地利、孟加拉国、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、巴西、加拿大、中国、哥斯达黎加、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、新西兰、挪威、菲律宾、葡萄牙、大韩民国、塞拉利昂、南非、西班牙、瑞典、瑞士、乌拉圭、联合王国、美国和赞比亚的法律体系)。

⁷⁵ 《俄罗斯赔偿案》(上文脚注 61), 第 441-442 页。

⁷⁶ 《阿卜耶伊仲裁》(见上文脚注 54), 第 299-300 页, 第 402 段。

斯联邦)作为依据。⁷⁷ 同样,卢旺达问题国际刑事法庭的一个审判分庭在 *Musema* 案中提及一些大陆法体系和普通法体系,认为这些体系之间有足够的相似之处,可以对共谋实施灭绝种族罪作出定义。⁷⁸

43. 在国际刑事法院审理的科摩罗案中,一个预审分庭认定,“不同法律体系都承认的一项法律原则是,诉讼各方必须遵守司法裁判”,而且这一原则“适用于法院诉讼的所有阶段。”为此,分庭除提及国际上的判例外,还提及法国、印度和尼日利亚的立法和判例法。⁷⁹

44. 类似这样的例子在投资仲裁中也可以找到。例如,在 *Amco* 诉印度尼西亚案中,仲裁庭认为,条约必须遵守这一原则是大陆法体系(法国)、普通法体系(美国)和伊斯兰法体系(利比亚和沙特阿拉伯)都承认的一般法律原则。⁸⁰ 同样,仲裁庭为了确定计算损害赔偿的原则,提及大陆法体系(法国和印度尼西亚)和普通法体系(联合王国和美国)。⁸¹ 在 *Total* 诉阿根廷案中,仲裁庭认为,保护合法预期是一项一般法律原则,而且这一原则“最近在大陆法系和普通法系的司法管辖区都得到承认,并有明确的界定范围”。仲裁庭为支持这一点,特别把阿根廷、英格兰和德国的法律体系用作依据。⁸² 在 *Gold Reserve* 诉委内瑞拉案中,仲裁庭同样认为,“合法预期这一概念见于不同法律传统”,并提及阿根廷、英格兰、法国、德国和委内瑞拉的法律。⁸³

⁷⁷ *Tadić* (2000年)(见上文脚注56),第15-17段。另见《检察官诉 Zoran Kupreškić 等人,案件编号: IT-95-16-A, 2001年10月23日判决书,上诉分庭》,第34-40段;《Slobodan Milošević 诉检察官,案件编号: IT-02-54-AR73.7, 就关于审判分庭有关指派辩护律师的裁判的中间上诉作出的裁判,2004年11月1日,上诉分庭》,第12段;《检察官诉 Sefer Halilović, 案件编号: IT-01-48-AR73.2, 就关于采纳由律师提交的被告面谈记录的中间上诉作出的裁判,2005年8月19日,上诉分庭》,第16-17段;《检察官诉 Ante Gotovina 等人,案件编号: IT-06-90-AR73.2, 就 Ivan Čermak 对审判分庭关于律师 Čedo Prodanović 和 Jadranka Sloković 利益冲突问题的裁判提出的中间上诉作出的裁判》,2007年6月29日,上诉分庭,第44-47段。

⁷⁸ 《检察官诉 Alfred Musema, 案件编号: ICTR-96-13-T, 判决书和量刑书,2000年1月27日》,第186-191段。法庭检察官在 *Bagosora* 案中称,根据对大陆法体系(法国、塞内加尔、德国)和普通法体系(联合王国和美国)的调查,存在一项一般法律原则,即在没有相反的明文规定的情况下,上诉权属于固有权利。见《检察官诉 Théoneste Bagosora 等人,案件编号: ICTR-98-37-A, 关于检察官对确认法官驳回对 Théoneste Bagosora 和其他28人的起诉的裁定提出的上诉可受理性的裁定,1998年6月8日》,第46-47段。

⁷⁹ 《科摩罗联盟、希腊共和国和柬埔寨王国已注册船舶情势,案件编号: ICC-01/13, 关于“科摩罗联盟政府请求进行司法审查”的裁判,2018年11月15日,第一预审分庭》,第107段。

⁸⁰ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award, 20 November 1984, para. 248.

⁸¹ 同上,第266-267段。

⁸² *Total S.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 128。另见 *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, Case No. ARB/07/12, Award, 7 June 2012, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 166; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB(AF)11/2, Award, 4 April 2016, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 546。

⁸³ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB(AF)09/1, Award, 22 September 2014, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 576。另见 Srinath Reddy

45. 法官在其个别意见中，为了识别一般法律原则，同样采取了进行(或多或少)具有广泛性和代表性的比较分析的做法。例如，在北海大陆架案中，阿蒙法官试图表明，公平原则“被纳入了《法院规约》第九条提及的现代世界主要法律体系”，并且“体现在西欧和拉丁美洲的法律中……；普通法中……；穆斯林法中……；中国法……苏维埃法……印度教法中；最后其他亚洲国家和非洲国家的法律中”。⁸⁴

46. 在石油平台案中，关于连带责任，西马法官“研究了各种普通法管辖区以及法国、瑞士和德国的侵权行为法”，得出结论认为，存在着《国际法院规约》第38条第1款(c)项第38条第1款(c)项意义上的一般法律原则。⁸⁵ 后来，在1995年9月13日临时协议的适用中，西马法官在评估是否可将未履行契约的抗辩视为一般法律原则时，提及这一原则起源于罗马法，并且“在大陆法系和普通法系的主要法律传统中……得到广泛接受”。⁸⁶

47. 与上述一些例子形成对照的是，在另外一些案件中，一般法律原则被认为不存在，因为可以找到这种原则的国家法律体系数量有限，或争端一方提出的比较分析范围狭窄。例如，在西南非洲案中，国际法院指出，众有诉权“可能为某些国内法律体系所知”，但不能将其视为《规约》第38条第1款(c)项意义上的一般法律原则。⁸⁷ 法院提及“某些国内法律体系”，这可能意味着，法院在作出裁判时并不认为众有诉权在国家法律体系中得到了充分承认。⁸⁸

48. 国际刑事法院上诉分庭在2011年11月10日判决书中认为，检察官提出的一个国家的判例法无助于解决分庭要审理的问题，而且无论如何，没有人认为这种判例法应被解释为确立了《罗马规约》第21条第1款(c)项意义上的一般法律原则。⁸⁹ 同样，法院的一个预审分庭在2011年7月20日所作裁判中认定，假设《罗马规约》存在空白，“不能仅根据对五个国家司法管辖区的审查来得出一般法律原则，而这些司法管辖区的实践实际上是不一致的”。⁹⁰

Kethreddy, “Still the law of nations: Legitimate expectations and the sovereigntist turn in international investment law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 44 (2019), p. 315, at p. 326.

⁸⁴ 《北海大陆架》(见上文脚注49)，阿蒙法官的个别意见，第101页，见第140-141页。

⁸⁵ 《石油平台(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国)》，判决书，2003年国际法院案例汇编，第161页，西马法官的个别意见，第324页，见第354-358页，第66-74段。

⁸⁶ 《1995年9月13日临时协议的适用(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊)》，2011年12月5日判决书，2011年国际法院案例汇编，第695页，西马法官的个别意见，见第12段。

⁸⁷ 《西南非洲》(见上文脚注59)，第88段。

⁸⁸ 见 Giorgio Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ”, in Mads Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pp. 35-43, at p. 39 (其中指出，若能对国内法进行更详尽的审查，则会使一般法律原则的识别更加可靠)。

⁸⁹ 《肯尼亚共和国情势，检察官诉 Kenyatta 等人》，编号：ICC-01/09-02/11 OA3，2011年11月10日判决书》，第62段。

⁹⁰ 《肯尼亚共和国情势，检察官诉 Kenyatta 等人》，编号：ICC-01/09-02/11，关于宣布对辩护律师的指定无效问题的裁判，2011年7月20日》，第25-27段。

49. 在 *Lubanga* 案中，国际刑事法院的一个审判分庭同样认为，仅凭两个普通法体系中存在一项原则这一事实，不足以根据《罗马规约》第 21 条第 1(c)款识别一项一般法律原则：

尽管这一做法[证人举证辅导]在一定程度上得到了两个以普通法传统为基础的法律体系的接受，但这不能为任何结论提供充分依据，认为存在一项以国家法律体系惯例为基础的一般原则。审判分庭指出，检方提交的关于国家判例的材料没有从罗马-日耳曼法律体系中引用任何内容。⁹¹

50. 虽然上文提到的国家实践以及国际性法院和法庭判例(在术语和所采用的确切方法方面)无可否认地存在一些差异，但特别报告员认为，可以从中得出一个总体处理办法：为确定是否存在一项一般法律原则而进行的比较分析必须具有广泛性和代表性，涵盖不同法律族系和世界各地。这有助于确保《国际法院规约》第 38 条第 1(c)款规定的关于承认的要求得到满足，但须符合下一节将讨论的其他条件。

51. 大量文献采用类似办法。一些学者提出了一般性观点，即一般法律原则须为各国家法律体系普遍承认才会存在，⁹² 除此之外，另一些学者指出，举例而言，“识别一般法律原则的条件之一是，该原则存在于许多不同的国内法律体系中”，⁹³ “学理和判例都提到代表性的概念，要实现代表性，就必须确定某一特定原则是否为世界上主要法律体系所共有”。⁹⁴ 同样，有人认为，“所有现代国内法律都可以归入几个法律族系或体系中，就一般原则而言，这些族系或体系是连贯一致的，足以被视为‘法律体系’”。⁹⁵ 此外，正如国际法协会所指出的：

⁹¹ 《刚果民主共和国情势，检察官诉 *Lubanga*》，编号：ICC-01/04-01/06-1049，关于使证人熟悉出庭作证的做法的裁判，2007 年 11 月 30 日，第一审判分庭》，第 41 段。另见 *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Ecuador*, Case No. 34877, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, Permanent Court of Arbitration, para. 382(“‘丧失机会’原则没有在各法律体系中得到广泛接受，因此不能将其视为一项‘得到文明各国承认的一般法律原则’”)。

⁹² 见 A/CN.4/732，第 167 段。Cheng 特别指出，“文明民族国内法对这些原则的承认……对有关原则的法律性质给予了必要的确认和证据。‘为文明各国所承认’这一限定条件意在防止法官的主观性和可能的任意性。”见 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 1953/2006), p. 25。

⁹³ Jaye Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), pp. 949-971, at p. 955。

⁹⁴ 同上，第 957 页。另见 Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), pp. 110-111。

⁹⁵ Alain Pellet and Daniel Müller, “Article 38”, in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2019), p. 928, para. 264. 另见 Michael Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), pp. 37-53, at p. 46; Alain Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), p. 239。

如果没有足够的地域代表性，也不足以在主要法律体系中“识别”出一项一般原则，例如，对于欧洲大陆法国家共有的一项一般原则，也应在位于不同地理区域和属于不同文明的其他大陆法国家中进行识别。⁹⁶

52. 把国家法律体系划分属于若干种法律族系，是比较法中一种众所周知的方法。正如一位作者所指出的，“根据各国法律的基本共同特征把世界各地的司法管辖区划分为若干法律族系，这种努力历来在比较法中占有核心地位”。⁹⁷ 虽然“法律族系”的确切定义可能因所使用的标准而异，⁹⁸ 而且这方面的比较法研究也在不断发展，⁹⁹ 但目前经常使用的分类包括“英美”、“远东”、“日耳曼”、“印度教”、“伊斯兰”、“北欧(斯堪的纳维亚)”和“罗马”法律族系。¹⁰⁰

53. 即使各国及国际性法院和法庭似乎没有遵循特定的法律族系分类，但在识别一般法律原则时，比较法也可以是一个需要加以考虑的有用工具。使用这一方法的目的很明确：通过将各国法律体系归入不同法律族系，可以在一定程度上假定这些体系之间共享规则和原则，从而有助于识别共同原则。然而，这种假定并不绝对，在很大程度上取决于具体情况。此外，特别报告员认为，在任何情况下都必须考虑到这一标准：世界上的不同区域必须在比较分析中得到体现。

54. 关于国际法委员会工作中使用的术语，特别报告员认为，《国际法院规约》第9条¹⁰¹ 和《国际法委员会章程》第8条¹⁰² 中使用的“世界各主要法系”一语适当表达了这样一种观点，即比较分析必须具有广泛性和代表性，涵盖世界上的不同法律族系和区域。因此，在讨论为识别源自国家法律体系的一般法律原则而开展分析的第一步时，建议采用“世界主要法律体系共有的原则”这一提法。

⁹⁶ International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, *Report of the Seventy-Eighth Conference*, Sydney (2018), pp. 1170-1242, at para. 214.

⁹⁷ Mariana Pargendler, “The rise and decline of legal families”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60 (2012), pp. 1043-1074, at p. 1043. 另见 H. Patrick Glenn, “Comparative legal families and comparative legal traditions”, in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2019), p. 425; Jaakko Husa, “Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56 (2004), pp. 11-38, at pp. 12-13.

⁹⁸ Pargendler, “The rise and decline of legal families” (见上文脚注 97), pp. 1047-1060.

⁹⁹ 同上，第 1044-1047 页；Glenn, “Comparative legal families and comparative legal traditions” (见上文脚注 97), p. 426.

¹⁰⁰ Pargendler, “The rise and decline of legal families” (见上文脚注 97), p. 1060. 另见 Husa, “Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?” (上文脚注), p. 14; Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3rd ed. (Tübingen, Mohr Siebeck, 1996).

¹⁰¹ 第 9 条内容如下：“每次选举时，选举人不独应注意被选人必须各具必要资格，并应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系”。

¹⁰² 第 8 条内容如下：“选举人进行选举时应铭记：凡当选委员会委员的人士，本人必须具备必要的资格，而委员会全体则应确实代表世界各主要文明形式和各主要法系”。

B. “共有”的原则

55. 接下来的分析是确定世界主要法律体系是否存在共有的原则。这基本上是一种经验评估，通过评估比较各国法律体系的现有规则，找到这些体系共有的原则。正是通过这种分析，才能客观地确定源自国家法律体系的一般法律原则的基本内容。

56. 总体而言，目前正在审议的工作虽然难度不小，但却比较明确：必须比较各国家法律体系中现有的规则，并提取它们共有的原则，或者提炼这些规则背后的原则。¹⁰³ 这项工作的结果，在符合下文第二节分析的条件的前提下，能够被提升为构成国际法一部分的一般法律原则——国际社会普遍认为是公正或反映其集体意识的法律原则，或任何法律体系固有的原则。¹⁰⁴

¹⁰³ 见 Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (上文脚注 94), pp. 97-127; Daniel Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, in Andenas *et al.*, *General Principles and the Coherence of International Law* (见上文脚注 88), pp. 177-194, at p. 185; Brianna Gorence, “The constructive role of general principles in international arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), pp. 455-498, at p. 463; Eirik Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), pp. 533-560, p. 537; Charles T. Kotuby and Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), pp. 19-21; Catherine Redgwell, “General principles of international law”, in Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart, 2017), pp. 5-19, at p. 16; Beatrice I. Bonafé and Paolo Palchetti, “Relying on general principles in international law”, in Catherine Brölmann and Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), pp. 160-176, at p. 162; Stephan W. Schill, “General principles of law and international investment law”, in Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill, 2012), pp. 133-181, at p. 148; Samantha Besson, “General principles in international law - Whose principles?”, in Samantha Besson and Pascal Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen - Principles in European Law* (Geneva, Schulthess, 2011), p. 36; Ellis, “General principles and comparative law” (见上文脚注 93), p. 954; Tarcisio Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), pp. 103-120, at p. 107; Fabián Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008) pp. 45-50; Julio A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), pp. 11-41, at p. 32; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (见上文脚注 95), pp. 48-50; Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, in *Recueil des cours*, vol. 136 (1972), pp. 116-117; Hermann Mosler, “Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten”, Rene Marcic *et al.* (eds.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (Munich, Wilhelm Fink, 1971), pp. 381-412, at pp. 384-385; Frances T. Freeman Jalet, “The quest for the general principles of law recognized by civilized nations - A study”, *UCLA Law Review*, vol. 10 (1963), pp. 1041-1086, at p. 1081.

¹⁰⁴ Pellet and Müller, “Article 38” (见上文脚注 95), p. 930; Prosper Weil, “Le droit international en quête de son identité : Cours général de droit international public”, in *Recueil des cours*, vol. 237 (1992), pp. 146-147.

57. 一些实践和判例法可对这一问题给予启示。例如，在通行权案中，葡萄牙辩称，对各国家法律体系的比较分析并不要求其中存在的规则“完全一致”。¹⁰⁵ 葡萄牙认为，尽管各国的国内法由于需要适应具体的适用背景，彼此之间必然会存在差异，但就比较分析之目的而言，重要的是可以通过“抽象”和“概括”过程从这些规则中“推衍”出的原则。¹⁰⁶ 印度没有对这一立场提出异议，但辩称葡萄牙援引的原则不可能构成国际法的一部分。¹⁰⁷

58. 在某些财产案中，列支敦士登同样坚持认为，禁止不当得利是一项《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则，并指出“即使这一原则在不同法律体系中的适用有所不同，但基本原则是相同的”。¹⁰⁸

59. 在判例中，特别是在国际刑法领域，也阐述了类似的方法。例如，在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭的审判分庭指出：

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。这项工作的前提是识别这些法律体系中的共同标准，以便确定它们所共有的基本概念。¹⁰⁹

60. 在 *Kunarac* 案中，另一个审判分庭更详细地陈述了这一说理：

这些[国内]渊源的价值在于，它们可以揭示“一般概念和法律机制”，如果这些概念和法律机制为广泛的国家法律体系所共有，则揭示了一种处理某个法律问题的国际办法，这种办法可被视为对在这一问题上的国际法的适当提示。在审议这些国家法律体系时，为确定一项具体法律规定是否为大多数法律体系所采用，审判分庭并未调查世界主要法律体系，而是考虑是否有可能通过对国家体系的总体审查，在那些含有在国际情形中须予采用的原则的法律体系中发现某些基本原则，或者用 *Furundžija* 案判决书的话来说，发现某些“共同要素”。¹¹⁰

61. 在 *Erdemović* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭同样认为，识别一项一般原则：

需调查那些我们可实际查阅到其判例的司法管辖区，以找出判例具体规则所依据的、符合本国际法庭之设立目的和宗旨的一般趋势、政策或原则。¹¹¹

¹⁰⁵ 《通行权》，(见上文脚注 62)，葡萄牙的答辩状，第 328 段。

¹⁰⁶ 同上。

¹⁰⁷ 见下文第 77 段。

¹⁰⁸ 《某些财产》(见上文脚注 56)，列支敦士登的诉状，第 6.14 段。

¹⁰⁹ *Furundžija* (见上文脚注 56)，第 178 段。

¹¹⁰ 《*Kunarac* 等人》(见上文脚注 54)，第 439 段。

¹¹¹ *Erdemović* (见上文脚注 72)，第 19 段，其中提及麦克唐纳法官和福拉赫法官的联合个别意见，第 57 段。在同一案件中，斯蒂芬法官指出，“在寻找一般法律原则时，调查必须超越实际规则，必须寻求这些规则的创建原因和适用方式……”。因此，关于胁迫问题的一般原则更有可能

62. 世界贸易组织上诉机构没有明确提及一般法律原则，但在解释《补贴与反补贴措施协定》脚注 59 内“国外来源收入”一词时，曾提及关于非居民征税国家规则内“被广泛接受共同要素”：¹¹²

各国关于非居民征税的详细规则差异很大，一些国家适用的规则可能比其他国家适用的规则更有可能对非居民的收入征税。然而，尽管有差异，但在我们看来，这些规则似乎有一个被广泛接受共同要素。该共同要素是，“外国”国家将对非居民与该国有某种联系的活动所产生的收入征税。¹¹³

63. 有些法官个人也采取了类似的处理办法。因此，在西南非洲案的咨询意见中，在述及《国际联盟盟约》第 22 条规定的授权制度的法律性质时，麦克奈尔法官认为：

国际法已经并将继续从私法体系中吸收许多规则和机制……。国际法从这一渊源借用的方式不是引入“现成的、完全具备一套规则”的私法机制。那将使这一进程很难与适用“一般法律原则”相协调……。关于国际性法庭在这一问题上的职责的正确看法应是，将任何与私法规则和机制相似的特点或术语视为一种关于政策和原则的提示，而非直接引入这些规则和机制。¹¹⁴

64. 在石油平台案中，辛马法官认为，关于连带责任的一般法律原则可能构成国际法的一部分，因为这个问题“已由[国家]法律体系以惊人的一致性加以处理和解决”。¹¹⁵ 在北海大陆架案中，阿蒙法官指出，一般原则“为世界不同制定法所共有，因其法律理由，即“制定法律的原因”的一致性而统一”。¹¹⁶

65. 当各国家法律体系之间没有足够的共同性时，明显的结果是《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则不能被视为存在。在阿韦纳和其他墨西哥国民案中，美国对墨西哥援引的排除非法获得证据的原则提出异议，理由是后者“夸大了排除规则在世界各法律体系中的普遍性，没有考虑到其各种形式，忽视了其从未被用来强制排除被告在收到领事信息之前所作陈述的事实”。¹¹⁷

在这些一般规则中找到，而不是在特定罪行的具体例外中”（斯蒂芬法官的个别和反对意见，第 63 段）。

¹¹² Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Marrakesh, 15 April 1995), World Trade Organization, *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, annex 1A: Multilateral Agreements on Trades and Goods, p. 299.

¹¹³ *United States-Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, Appellate Body Report, 14 January 2002 (WT/DS108/AB/RW), 第 143 段。美国在其书面诉状中提供了适用于巴西、加拿大、智利、马来西亚、巴拿马、沙特阿拉伯、联合王国、美国和中国台湾的规则实例(同上，脚注 121)。上诉机构还指出，处理双重征税问题的双边和多边条约产生了“广泛认可的征税原则”(同上，第 141-142 段)。

¹¹⁴ 《西南非洲的国际地位，咨询意见，国际法院，1950 年国际法院案例汇编》，第 128 页，麦克奈尔法官的个别意见，第 146 页，见第 148 页。在此基础上，他认为某些“一般原则”为“早期各法律体系”所共有(同上，第 149 页)。

¹¹⁵ 《石油平台》(上文脚注 85)，辛马法官的个别意见，第 66 段。

¹¹⁶ 《北海大陆架》(见上文脚注 49)，阿蒙法官的个别意见，第 101 页，见第 135 页。

¹¹⁷ 《阿韦纳和其他墨西哥国民》(见上文脚注 64)，美国的辩诉状，第 8.28 段。

美国还指出，“[在国家法律体系中使用排除规则的]实践并不普遍或一致，不足以被视为‘一般法律原则’”，¹¹⁸ 并接着强调了有关规则在国内适用的不同方式。¹¹⁹ 在临时协议的适用案中，北马其顿还指出，关于未履行契约的抗辩，“对这种抗辩在国内法律体系中的地位、可用性和影响没有一致的认识，因此无法支持达成具有深远意义的结论，即其已取得文明国家承认的一般法律原则地位”。¹²⁰

66. 同样，厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会在2009年8月17日的裁决中认定：

厄立特里亚称这是对“间接损害”的索偿。然而，国际法不承认具有不同法律因果关系标准或其他独特法律要素的可赔偿“间接损害”这一单独类别。间接损害的概念在一些国家法律体系中具有重要作用，但在其他国家法律体系并不存在，因此不能被视为一般法律原则。¹²¹

67. 在 *Lubanga* 案中，国际刑事法院预审分庭认为，在证人准备或熟悉情况方面，鉴于“各国家司法管辖区的处理办法不同”，无法识别相关的一般法律原则”。¹²² 同样在 *Lubanga* 案中，法院上诉分庭在审议禁止滥用程序原则时发现各国家法律体系之间存在相当大的分歧，因此得出结论认为，“如上所述，以程序被滥用为由中止诉讼的权力一般不被承认为法院不可或缺的权力(司法权不可分割的属性)”。¹²³

68. 在另一个案件中，法院上述分庭在分析了各国家法律体系后认为：“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一般法律原则或普遍采用的原则”。¹²⁴ 在 *Banda 和 Jerbo* 案中，上诉分庭被要求确定是否有一般法律原则禁止前检察官在离开检方后立即加入辩方，上诉分庭再次指出，其所收到的各国家法律体系的实践并不一致，并驳回了援引的一般法律原则。¹²⁵

¹¹⁸ 同上，第 8.29 段。

¹¹⁹ 同上，第 8.29-8.33 段。在收缴和扣押某些文件和数据的问题案(见上文脚注 57)中，澳大利亚同样质疑它认为的东帝汶对法律专业保密特权原则的“宽泛和不加限制的表述”，认为这种表述没有考虑到国家法律体系中“关于这种特权的范围和内容的重要解释”，也没有考虑到“为确保这一特权不被滥用，国内法中广泛采用的对法律专业保密特权主张的例外”(澳大利亚的辩诉状，第一卷，第 4.36 和 4.39 段)。

¹²⁰ 《临时协议的适用》(见上文脚注 86)，北马其顿(当时的前南斯拉夫的马其顿共和国)的答辩状，第 5.59 段。

¹²¹ 《厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会，关于厄立特里亚损害索偿的最终裁决书，2009 年 8 月 17 日，联合国国际仲裁裁决汇编》，第二十六卷，第 505-630 页，见第 575 页，第 203 段。

¹²² 《检察官诉 *Lubanga* 案中的刚果民主共和国情势，编号：ICC-01/04-01-06，2006 年 11 月 8 日关于证人熟悉和证人作证的实践的裁定》，第 37 段。

¹²³ 《检察官诉 *Lubanga* 案中的刚果民主共和国情势，编号：ICC-01/04-01/06，判决书，2006 年 12 月 14 日》，第 32-35 段。

¹²⁴ 《刚果民主共和国情势，编号：ICC-01/04，关于检察官请求特别复核第一预审分庭 2006 年 3 月 31 日驳回上诉许可的裁定的判决书，2006 年 7 月 13 日》，第 32 段。

¹²⁵ 《检察官诉 *Banda Abakaer Nourain 和 Saleh Mohammed Jerbo Jamus* 案中的苏丹达尔富尔情势，编号：ICC-02/05-03/09 OA，判决书，2011 年 11 月 11 日》，第 33 段。另见《检察官诉 *Jadranko Prlić* 等人，编号：IT-04-74-AR73.6，关于对采纳 *Jadranko Prlić* 等人讯问笔录为证据的裁定提

69. 因此，如果各国家法律体系之间的规则从根本上不同，似乎就不能认为存在一般法律原则。

C. 相关材料

70. 鉴于识别源自国家法律体系的一般法律原则首先需要对后者进行比较分析，因此，哪些材料与分析目的相关的问题的答案显而易见。在上述几乎所有例子中，分析基本上都是基于源自国家的国内法律渊源，如国家法院的立法和裁判。当然，必须考虑到每个国家法律体系的特点，以便在特定案件中选择具体的材料并确定其权威性。

71. 从上述实践中还可以看出，国家法律体系的所有分支，包括可称为“私法”和“公法”的分支，在识别一般法律原则时似乎都有潜在的相关性。¹²⁶ 这似乎也是学者们的普遍认识。¹²⁷

72. 在 2019 年辩论期间，提出了国际组织在源自国家法律体系的一般法律原则形成方面可能发挥的作用的问题。¹²⁸ 特别报告员认为，国际组织的实践可能与一般法律原则的识别相关，特别是就本章所述两步分析的第一步而言。虽然这方

出上诉的裁定，2007 年 11 月 23 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭》，第 50 段；《检察官诉 Ljube Bošković 和 Johan Tarčulovski，编号：IT-04-82-A，判决书，2010 年 5 月 19 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭》，第 194 段（“上诉分庭指出，Tarčulovski 未能找到支持其论点的“一般法律原则”。[前南斯拉夫的马其顿共和国]法院认为这些陈述不可采纳这一事实不足以支持存在这种一般法律原则的说法。在这方面，上诉分庭注意到，被告的庭外陈述在一些普通法和大陆法国家管辖区中是可采纳的”）。另见 *Canfor Corporation, Tembec et al. and Terminal Forests Ltd. v. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal, 7 September 2005, para. 165。

¹²⁶ 特别见《*El Paso 诉阿根廷*》(上文脚注 54)，第 622 段（“主要是国内规则，适用于私法或公法、实体性或程序性事项”）；《西南非洲》(见上文脚注 59)，田中法官的反对意见，第 294 页(认为，“只要‘一般法律原则’不加限定，‘法律’就必须理解为包括所有法律分支，包括国内法、公法、宪法和行政法、私法、商法、实体法和程序法等。”)。在国际刑事法庭审理的案件中，一般法律原则是参照国家刑法确定的，国家刑法可视为“公法”的一部分。

¹²⁷ 例如见 Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (见上文脚注 94)，p. 33; International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law(上文脚注 96)，第 9 段; Gebhard Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 33; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (上文脚注 103), p. 30; Hersch Lauterpacht, “Some observations on the prohibition of ‘non liquet’ and the completeness of the law”, in Elihu Lauterpacht (ed.) *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2 (Cambridge, Cambridge University Press, 1975), pp. 213-237, at pp. 221-222; Wolfgang Friedmann, “The uses of ‘general principles’ in the development of international law”, *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), pp. 279-299, at pp. 281-282。

¹²⁸ 例如见 Galva Teles 女士的发言(A/CN.4/SR.3489，第 21 页)；Gómez-Robledo 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 9 页)；Nguyen 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 12 页)；Park 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 19 页)的发言。

面的实践和判例似乎很少，¹²⁹ 但当一个国际组织(如欧洲联盟)¹³⁰ 被赋予发布对其成员国具有约束力并直接适用于后者法律体系的规则的权力时，在进行比较分析时就可以考虑这些规则。

三. 核实其移置于国际法体系

73. 为识别属于第一类的一般法律原则而进行的分析的第二步是核实世界主要法律体系共有的原则是否移置于国际法体系。这一分析背后的理由是不言而喻的：国内法和国际法各有特点，在许多重要方面存在差异，不能推定前者中存在的原则总是能够在后者中运作。因此，移置不会自动发生。

74. 文献中经常提到方法的这一部分，尽管是用了宽泛的术语，而且往往没有详细说明它因而具体需要做什么。¹³¹ 不过，国家实践和判例法提供了有用的指导。如下文所示，在以下情况下，发生国内法中的一项原则向国际法体系的移置：(a) 该原则符合国际法基本原则；和(b) 该原则在国际法体系中适足适用的条件具备。

A. 符合国际法基本原则

75. 国家实践和判例法理表明，若要将世界主要法律体系共有的一项原则提升为《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所指一般法律原则，则该原则必须符合国际法基本原则。这一相符性测试旨在确保一项法律原则不仅被国际社会承认为公正，而且能够存在于国际法这一更广泛的框架内。

¹²⁹ 见《收缴和扣押某些文件和数据的问题》(上文脚注 57)，澳大利亚的诉状，脚注 148；《Total 诉阿根廷》(上文脚注 82)，第 130 段(从比较法的角度来看，欧洲共同体(现为欧盟)法律体系的原则(反映了 27 个欧洲国家的法律传统，包括大陆法系和英美法系)……都具有相关性，特别是自从承认(明示地基于国际法中的善意原则的)合法预期原则以来)；《Gold Reserve 诉委内瑞拉》(见上文脚注 83)，第 576 段。

¹³⁰ 例如见 Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 6th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 198-223, 其中论及欧洲联盟次级法律(条例、决定和指示)的直接影响。

¹³¹ 例如见 Pellet and Müller, “Article 38” (见上文脚注 95), 第 930-932 页；Mads Andenas and Ludovica Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, in Andenas et al., *General Principles and the Coherence of International Law* (见上文脚注 88), pp. 9-34, at p.26；Ben Juratowitch and James Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law”, 同上, pp.227-246, at p.232；Abdulqawi A. Yusuf, “Concluding remarks”, 同上, pp.448 ff., at p. 451；Mathias Forteau, “General principles of international procedural law”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*(2018), para.16；Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (上文脚注 103), p. 537；Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (见上文脚注 103), p.163；Sienho Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: Selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), pp.472-498, at p.487；Besson, “General principles in international law-Whose principles?” (上文脚注 103), p.37；Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (上文脚注 103), p.104；Robert Jennings and Arthur Watts(eds.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9th ed. (Harlow, Longman, 1992), p.37. 关于这一问题的更详细分析，见 Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (见上文脚注 95), pp.272-320。

76. 早期的仲裁实践已提及了这一移置条件。例如，在北大西洋海岸渔业案中，仲裁庭驳回了美国援引的“国际地役”原则，指出该原则与主权原则不相容：

学理几乎不适于英美等宪政体制国家通行的主权原则，也不适于当今主权国家的国际关系，因此没有得到现代国际法学家的多少支持，甚至任何支持。因此，本庭只有根据国际合同的明示证据才能确认这一点，这符合国际社会和本条约缔约方的大利益。¹³²

77. 在印度在通行权案中的诉状中也可以找到类似的推理。印度对葡萄牙援引的一般法律原则提出异议，理由是它不符合国际法下的领土主权概念：

个人对私有财产的所有权与国家对其领土的主权之间没有真正的类比性，后者在我们这个时代被视为国际法授权国家机关在法律所规定的限制范围内并根据法律所规定的规则行使管辖权的空间。¹³³

78. 在某些磷酸盐地案中，澳大利亚同样拒绝瑙鲁试图“引入”“信托”这一国内法概念，以便对《联合国宪章》所规定的托管义务作如下解释：

在审议管理当局义务的性质时，法院必须考虑《宪章》和《托管协定》的实际规定。澳大利亚拒绝瑙鲁企图将与国内法特别是普通法中的“信托”概念有关的整套法律权利和义务引入这些条约条款。这样做是对联合国托管制度基本要素的完全错误的理解。国内的类比概念在这方面的价值有限。¹³⁴

79. 北海大陆架案是另一个例子。德国试图证明，“公正和公平份额原则”是《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的适用于大陆架划界的一般法律原则。¹³⁵ 丹麦和荷兰对是否存在这样一项一般法律原则提出了如下质疑：

简而言之，德意志联邦共和国要求法院在本案中适用一项所谓的“一般法律原则”，而该原则虽据称存在于国家法律体系中，但与国际法体系中规范该事项的实在法所依据的原则不符。荷、丹两国政府并不是以任何方式质疑第

¹³² 《北大西洋海岸渔业案(英国, 美国), 1910 年 9 月 7 日裁决, 联合国国际仲裁裁决汇编》, 第十一卷, 第 167-226 页, 见第 182 页。

¹³³ 《通行权(见上文脚注 62), 印度的辩诉状》, 第 300 段。印度进一步指出:“这是否意味着, 除了协定中规定的限制外, 对领土主权没有其他限制? 绝非如此, 古根海姆教授在法院的口头陈述中小心翼翼地回顾了对海上航行的限制, 而该限制在习惯法中的依据是毋庸置疑的。我们否认的是, 这种限制可以从一般法律原则中得出, 而且这种限制支持与私法中承认的地役权作非常可疑的类比”(同上, 第 304 段)。印度还补充说,“当代的领土概念是一个特定国家拥有行使其权力的专属权限的空间, 但须符合该国所同意的有利于其他国家的任何特殊权利, 以及法律规则所产生的数量相对少得多的若干权利, 如无害通过权。显然, 这与构成私有财产构成要素的享有权和处置权毫无共同之处”(《同上, 印度复辩状》, 第 568 段)。

¹³⁴ 《瑙鲁境内某些磷酸盐地(见上文脚注 63), 澳大利亚的辩诉状》, 第 292 段。另见沙哈布丁法官的个别意见, 第 285 页。

¹³⁵ 《北海大陆架(见上文脚注 49), 1967 年 8 月 21 日德国的诉状》, 第 30 段(“这一原则(以下称为公正和公平份额原则)是源于分配正义概念的一项基本法律原则, 也是包括国际社会法律体系在内的所有法律体系所固有的公认原则”)。另见《1968 年 5 月 31 日德国的答辩状》, 第 7-11 段。

38 条第(1)款(c)项的重要性，但认为，根据这些条件诉诸该项一般法律原则是完全不可接受的。根据第 38 条第(1)款(c)项适用的源自国家法律体系的一般法律原则一直是公认在国家间关系中同样适当的原则。德意志联邦共和国自己说，根据第 38(1)(c)条适用的一般法律原则是“全世界公认的法律信念和价值观的结果”。而如果一项原则与国际法本身承认的代表“各国在这一问题上的法律信念”的原则直接背道而驰，那还怎么能这样说呢？而如果国家的“法律信念”是最近故意表达的，且其意义违背了旨在编纂法律的一般公约中所称的原则，就更不能这么说了。¹³⁶

80. 法院同意丹麦和荷兰的意见，拒绝接受德国援引的原则。法院解释说，所谓的公正和公平份额原则不能被视为一般法律原则，因为它将“与大陆架权利的基本概念格格不入，并不一致”：

更重要的是，公正和公平份额原则似乎完全不同于法院所认为毫无疑问是 1958 年《日内瓦公约》第 2 条所载关于大陆架的所有法律规则中最基本的一项(尽管是完全独立于该公约的一项)规则，即沿海国对构成其陆地领土向海洋和海底自然延伸的大陆架区域的权利，凭借其对该陆地的主权及其延伸(为勘探海底和开发其自然资源而行使主权权利时)，本身且自一开始即存在……

因此，即使在北海这样的情况下，将尚未划定的区域作为一个整体来分配的概念(公正和公平份额原则的基础)与大陆架权利的基本概念是格格不入的，也不一致，因为根据后者，划界过程实质上是在已属于一个或另一个受影响国家的区域之间划出一条边界线。¹³⁷

81. 在收缴和扣押某些文件和数据的问题案中，东帝汶没有具体提及相容性条件，而是试图从以下方面证明有理由认为其援引的原则构成国际法的一部分：

法律专业保密特权原则是国际法治的基础，因为它使各国能够自由获得法律咨询和援助而不必担心外来干涉，以便能够参与争端解决进程，包括《联合国宪章》第 33 条规定的进程(其中包括在本案中尤其争议的进程——谈判、仲裁和司法解决)。因此，东帝汶强调和平解决国际争端的原则，这一原则载入了《联合国宪章》第 2.3 条，并在……《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》中被宣布为国际法原则之一。¹³⁸

¹³⁶ 同上，《1968 年 8 月 30 日丹麦和荷兰的共同复辩状》，第 117 段。

¹³⁷ 《北海大陆架》(见上文脚注 49)，第 19-20 段。丹麦和荷兰同样辩称，“德意志联邦共和国表述的其所称的原则完全违反了《日内瓦大陆架公约》第 1、2 和 3 条，这些条款根据以往和后来的国家时间，参照划定的空间确定沿海国的主权权利”(《1968 年 8 月 30 日丹麦和荷兰的共同复辩状》，第 20 段)。

¹³⁸ 《收缴和扣押某些文件和数据的问题》(见上文脚注 57)，东帝汶的诉状，第 6.4 段。

82. 在一些文献中也提到了这一兼容性条件。例如，据一位学者称，只有“与国际秩序的迫切需要不相违背”的“国内法原则”才能被移置。¹³⁹ 还指出，“如果[世界]法院认为国内法的相关方面有一致之处，那么另一项检验应涉及国内法产生的原则是否符合将适用该原则的国际法原则和规则框架。”¹⁴⁰ 作为“不可能的移置”的一个例子，他提到了管辖权的同意原则：“虽然在国内领域，基本规则是，任何争端都可以提交法官裁断，但是，在国际法中，在没有被告国明确同意的情况下，则适用相反的原则”。¹⁴¹

83. 有鉴于此，可以得出的结论是，要将世界主要法律体系共有的一项原则移置于国际法体系中，则该原则必须符合国际法的基本原则，或者借用丹麦和荷兰在北海大陆架案中使用的术语，须符合“在国际法体系中规范该事项的实体法所依据的原则”。如上所述，这些原则包括主权原则、领土主权概念、大陆架权利的基本概念以及《友好关系宣言》中规定的各项原则。这一相符性测试是必要的，以表明国际社会承认一项原则能够在更广泛的国际法框架内运作。

84. 应该强调的是，移置的这一条件仅要求国内法中的一项原则与上文定义的国际法基本原则相符。特别报告员认为，由于《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所列国际法渊源之间没有等级关系，不属国际法基本原则的条约所定国际法和习惯国际法一般规则本身不能阻止将一项原则移置于国际法体系。一般法律原则与后者之间若有任何冲突，都需要通过采用避免冲突规则来解决，例如特别法的规则。这是一个与一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系有关的问题，特别报告员打算在今后的一份报告中更详细地专门讨论这一问题。

B. 该原则在国际法体系中适足适用的条件

85. 移置世界主要法律体系共有的一项原则的第二个要求是，具备允许在国际法体系中适足适用该原则的条件。这是为了确保该原则在国际法中能够恰当地服务

¹³⁹ Weil, “Le droit international en Quête de Son Identité” (上文脚注 104), p. 147, 提及 Jules Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, Recueil des cours, vol. 58 (1936), pp. 471 ff., at pp. 501-502 (“Il faudrait ... constater que ces principes sont effectivement susceptibles d’être transportés dans l’ordre international, qu’ils ne contredisent pas une règle établie de droit international, car on est d’accord que cette transposition ne peut être effectuée qu’à défaut de règle conventionnelle ou coutumière” [应该……注意到这些原则确实可移置于国际秩序，它们并不违反国际法的既定规则，因为有一点共识，即只有在没有条约所定规则或习惯法规则的情况下才有可能进行这一移置])。另见 Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (上文脚注 103)2, p. 538。

¹⁴⁰ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (见上文脚注 88), p.39. 另见 Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (上文脚注 103), pp. 36-38. 另见 Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, 2007), p. 515。

¹⁴¹ Pellet and Müller, “Article 38” (见上文脚注 95), para. 270; Basdevant, “Règles générales du droit de la paix” (见上文脚注 139), p. 502. 另见 *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment, 4 February 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Caflich, Türmen and Kovler, para.161(“关于文明国家承认的一般法律原则，很可能在国内一级有基于适用于国内一级强制管辖规则的、关于强制性中间措施的普遍规则。相比之下，……这一规则在国际一级不多见，这就是为什么该原则不能在那一级照搬适用。换言之，该原则不能移置于国际性法院的业务”)。

于其目的，避免扭曲或可能的滥用。在实践中，方法的这一部分经常被阐明为需要研究国家法律体系的结构，特别是适用规则或原则的程序框架，并确定国际一级的现有结构是否允许适足地适用该原则。

86. 这方面的一个例子是 *Tadić* 案，在该案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭遇到的一个论点是，根据国际人权公约，刑事指控必须由“依法设立”的法庭裁断。¹⁴² 上诉分庭指出，必须依法设立法庭的原则是一项“强加一项适用于国内环境下刑事司法工作的国际义务的一般法律原则”。同时，上诉分庭认为国际刑事法庭“应植根于法治，并提供相关国际文书中体现的所有保障。然后，即可以说法院是‘依法设立的’。”¹⁴³

87. 上诉分庭接着分析了对“依法设立”一词的不同可能解释。第一种可能的解释是欧洲人权法院对《保护人权与基本自由公约》（《欧洲人权公约》）第 6 条的解释，¹⁴⁴ 根据该条，“依法设立”意味着由立法机构设立。上诉分庭拒绝接受这一解释适用于其自己的设立，其论述如下：

显然，大多数国内法体系基本上遵循的立法、行政和司法分权不适用于国际上的情况，更具体地说，不适用于联合国等国际组织的情况。在联合国的主要机关中，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，而更广泛而言，国际社会中没有议会。也就是说，没有正式授权的代表全体的机关来制定对国际法律主体具有直接约束力的法律。

显然不可能按上述存在于各国国内法中的各部门对联合国各机关进行归类。事实上，上诉人已经同意，联合国的依照宪章所建的结构不遵循国家宪法中经常出现的权力划分。因此，法庭必须“依法设立”这一要求中的分权要素在国际法背景下是不适用的。上述原则只能对各国施加一项与其本国国家法律体系运作有关的义务。¹⁴⁵

88. 上诉分庭随后审议了一种解释是，“依法设立”意味着“依照法治”。上诉法庭援引《公民及政治权利国际公约》以及人权事务委员会的决定、美洲人权委员会的决定和美洲人权法院的裁判，支持这一解释：

这似乎是该术语在国际法背景下最合理和最有可能的含义。要依照法治设立像本庭这样的法庭，则必须按照适当的国际标准设立；它必须完全依照国际公认的人权文书，提供公平、正义和不偏不倚立场的所有保障。

¹⁴² 《检察官诉 *Duško Tadić* a/k/a “DULE”，案件编号 IT-94-1-A，关于辩方就管辖权提出中间上诉的动议的裁定，1995 年 10 月 2 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭》第 41 段。

¹⁴³ 同上，第 42 段。

¹⁴⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (Rome, 4 November 1950), vol.213, No.2889, p.221。

¹⁴⁵ 《*Tadić*，裁定，1995 年 10 月 2 日》(见上文脚注 142)，第 43 段。

对“依法设立”法庭这一保障的这种解释可从对《公民及政治权利国际公约》[第 14 条]的分析中得到证实……在确定法庭是否“依法设立”时，重要的考虑因素不是它是预先设立的，还是为特定的目的或情势而设立的这一问题；重要的是，它应由主管机关依照有关的法定程序设立，并应遵守程序公平的各项要求。¹⁴⁶

89. 在 *Delalić* 等人案中，法庭的一个审判分庭认为，“罪行法定原则[法无明文不为罪和法无明文者不罚]在世界所有主要刑事司法体系中是存在并得到承认”的，但“不能肯定此种原则在多大程度上被承认为国际法律实践的一部分，独立于其在国家法律体系中……的存在”。因为国家和国际刑事司法体系关于行为入罪的方法不同”。¹⁴⁷ 审判分庭随后审议了下列内容：

在国家刑事司法体系中，行为入罪过程取决于规定行为何时属违禁以及所禁止的具体内容的法律，但国际刑事司法体系则是通过条约或公约，或依循各国单方面执行某禁令的习惯做法，以实现同样的目标。

……因此，可以推定，国际刑法中的罪行法定原则在适用和标准方面不同于其相关的国家法律体系。前者显然是不同的，因为其目标显然是在维护对被告的正义和公平与维护世界秩序的考量之间保持平衡。为此，受影响的一个或多个国家除其他外，须考虑以下因素：国际法的性质；缺乏国际立法政策和标准；技术性起草的特别程序；以及关于国际刑法规范将被纳入各国国家刑法的基本假设。¹⁴⁸

90. 同样，在 *Furundžija* 案中，审判分庭注意到，

这项工作的前提是识别这些法律体系中的共同标准，以便确定它们所共有的基本概念；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，以及由此造成的对这类诉讼程序特定性的扭曲。¹⁴⁹

91. 在巴塞罗那电车案中，菲茨莫里斯法官在其个别意见中，也谈到了这个问题，内容如下：

首先有必要根据公司的起源制度——即私法或国内法体系——来考虑公司的概念和结构，此外，还必须坚持这样一项原则，即在国际法领域使用私法概念或对待私法机构时，不应以与后者创建制度体系下存在的真实性质不符的方式加以歪曲或处理。但是，虽然是这样，但几乎同样重要的是要记住，国际领域的情况有时跟国内的情况相比有很大的差异，在国内的情况下完全

¹⁴⁶ 同上，第 45 段。

¹⁴⁷ 《检察官诉 *Zejnil Delalić* 等人，案件编号 IT-96-21-T，判决，1998 年 11 月 16 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭》，第 403 段。

¹⁴⁸ 同上，第 404-405 段。

¹⁴⁹ *Furundžija* (见上文脚注 56)，第 178 段。另见《*El Paso* 诉阿根廷》(上文脚注 54)，第 622 段(“主要适用于私人或公共、实质性或程序性事项的国内规则，条件是经过调整后，这些规则适用于国际公法层面”)。

合理的规则在移置于国际一级时，如果严格适用，可能不具有同等的辩服力。若忽视而不审慎对待这一点，则可能会导致一个反向的扭曲，即国内层面规定的对规则的限制或减轻措施可能无法在国际层面上得到充分反映，从而导致自相矛盾、反常和不公正的情况。¹⁵⁰

92. 在世界主要法律体系共有的一项原则由于在国际一级不存在适足适用的条件而被认为未移置于国际法体系方面，有不少案例，这些案例也提供了参照。例如，在西班牙国王作出的仲裁裁决中，尼加拉瓜认为，国内法中关于判决或裁决无效的某些概念不能在国际法中适当适用，因为不存在一个类似于各国现有的司法体系：

Nicaragua a estimé utile d'indiquer ... la raison pour laquelle le droit des gens s'écarte sur ce point de la solution admise en droit interne, qui dans certains cas admet la nullité relative ou annulabilité. Cette raison doit être cherchée dans l'absence en règle générale de recours qui, à l'initiative d'une des parties, puissent valablement vérifier la réalité des griefs invoqués, tandis qu'en droit interne il est en général loisible aux intéressés d'utiliser à cet effet les mêmes voies de recours que celles qui sont ouvertes en vue du contrôle de la justice de la décision.¹⁵¹

[(尼加拉瓜)]认为应表明……国际法在这一点上与国内法承认的解决办法不同的原因是，在某些情况下，国内法允许相对无效或可废止性。按一般规则，必须在应当事人一方主动提出即可用以有效核实所提申诉的现实情况的途径不存在的情况下，才可诉诸这一理由，而在国内法中，一般由有关当事各方决定是否为此目的诉诸可用于对有关裁定进行司法审查的途径。]

93. 在收缴和扣押某些文件和数据的问题案中，澳大利亚对东帝汶援引的法律专业保密特权原则采取了类似的处理办法。澳大利亚注意到：

对于在国际法上承认任何此类原则，法院应该采取一个……慎重的处理办法。鉴于没有检验国际法下特权主张的既定论坛或机制，情况尤其如此。据澳大利亚所知，这是第一次有国家向法院提出任何近乎法律专业保密特权的主张，而且正如东帝汶含蓄地承认的那样，没有程序或程序性保障措施可助法院独立裁定这一主张。相比之下，国内法律体系有成熟和既定的解决特权保密主张的机制，除其他因素外，这些机制可以考虑相关文件的适当特征，以及适用适当的例外情况(包括刑事罪行例外情况)。¹⁵²

¹⁵⁰ 巴塞罗那电车公司(上文脚注 53)，菲茨莫里斯法官的个别意见，第 65 页，见第 67 页，第 5 段。

¹⁵¹ 《西班牙国王作出的裁决》(见上文脚注 54)，尼加拉瓜的复辩状，第 51 段。

¹⁵² 《收缴和扣押某些文件和数据的问题(见上文脚注 57)，澳大利亚的辩诉状》，第 4.38 段。在某些磷酸盐地案中，澳大利亚类似地就国内法律体系中“信托”概念的移植问题争辩说：“关系的本质不同突显了将私法领域的规则转化为国际法规则时谨慎行事的必要性。在私法信托中，通常所处理的是涉及有限和确定的财产或资产的商业或个人关系。相比之下，根据《宪章》进行的托管，则是代表整个自决领土单位处理全面履行政府职能的问题。这两种情况不具有可比性“(《某些磷酸盐地(见上文脚注 63)，澳大利亚的辩诉状》，第 298 段)。

94. 另一个具有说明性的例子是德国联邦宪法法院最近审理的一起案件。阿根廷在该案中辩称，根据“国内公认的破产法原则”，存在《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则，根据该原则，各国有权拒绝对私人债权人持有的债券进行偿债，这些债权人与大多数债权人相反，没有接受发行国在国家债务危机情况下进行的债务转换，并要求全额偿还债务。宪法法院驳回了阿根廷的论点，理由如下：

然而，申诉人援引的据称一般法律原则的前提是在国际法层面上存在一套关于国家破产的全面规则。具体地说，申诉人在(即将)国家破产的情况下援引诚实原则。即使假定申诉人从诚实原则得出的具体要求——即平等对待债权人和有序破产程序的完整性——相当于国内法律秩序中一项普遍承认的原则，并且即使这些具体要求确实在主要法律族系……中得到承认，要将该原则移植与受国际法管辖的情况下，至少需要存在一套全面的管辖国家破产……的规则。根据申诉人的说法，源自破产法诚实原则的具体要求只有在也有独立的监管或监督机构有权监督这些规则的遵守情况并能够确保公平地平衡所有受影响各方的利益的情况下，才能相应地适用于国际法这一层级……

申诉人声称的破产法原则是详细的国内破产法制度的组成部分，该制度载有也用于保护少数债权人的程序规则，其遵守情况由中立法院监督，通常是由破产法院监督。如果没有一个以法治为基础的程序框架，以便能干审查对少数[债权人]造成不利影响的决定，就缺少将[原则]转移到国际法层面的必要先决条件。因此，根据《国际法院规约》第 38 条第(1)款(c)项，不可能援引破产法衍生的个别原则。¹⁵³

95. 同样，西马法官就未履行契约的抗辩原则指出：

当然，问题是在国内裁断机构中形成的这样一个概念是否可以转移到国际法层面上，即为了使这一一般原则能够在国际一级发挥建设性作用，它将分别进行哪些修改。在这方面，我们面临的问题是，在充分发展的国家法体系中，功能牵连性将在法院的控制下运作，也就是说，至少如果受其适用影响的一方当事人不接受诉诸我们原则所需条件的存在，就总是可以进行这种控制。然而，我们在国际法一级遇到的情况往往是在援引我们的原则的同时不履行条约义务，但却没有办法公正地裁断这些措施的合法性。如果没有司法控制，我们的原则便容易被滥用；罪行法定问题经常会引起争议。¹⁵⁴

96. 学者们提到了将世界主要法律体系的共同原则转置国际法体系的这一条件，尽管使用了不同的术语并或多或少地详细讨论了这一问题。例如，有人建议，“必

¹⁵³ Germany, Federal Constitutional Court, Judgment, 3 July 2019(2 BvR 824/15), paras.38-39.

¹⁵⁴ 《临时协议的适用(见上文脚注 86)》，西马法官的个别意见》，第 13 段。另见 Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (Presses Universitaires de France, 1997), pp.20-21, 其中给出了类似的理由，说明为什么国家法律体系中存在的时效原则不能适用于国际法体系。

须核实[共同原则]是否适合国际法秩序”，¹⁵⁵ 或者只有“在国际关系中适当”的国内法原则才能上升为《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则。¹⁵⁶ 其他人则指出，“国内法”中的原则“在适用于国家关系的情况下”成为一般法律原则，¹⁵⁷ 人们不能“将适用于国内法的同一规范性概念应用于国际法”，并告诫“不要轻描淡写地照搬国家法原则用于国际关系”。¹⁵⁸

C. 确认移置的证据

97. 从各国的实践和国际法院和法庭的判例来看，在某些情况下，国际文书，特别是条约，似乎可以被视为确认世界主要法律体系共有的一项原则适用于国际法律体系的证据。

98. 例如，在北海大陆架案中，丹麦和荷兰对德国援引的所谓一般法律原则提出异议，除其他外，原因是，后者没有“试图列举在国际公约中适用这一所谓‘原则’的例子”。¹⁵⁹

99. 在阿韦纳和其他墨西哥国民案中，墨西哥辩称，排除非法证据的原则除了在国家法律体系中得到普遍承认外，还在管辖国际刑事法庭的文书、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 15 条¹⁶⁰ 和《美洲人权公约》第 8 条第 3 款¹⁶¹ 中得到承认。

¹⁵⁵ Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (见上文脚注 131), p.27。

¹⁵⁶ Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (上文脚注 103), p.538. 另见 Lord Lloyd-Jones, “General principles of law in international law and common law”, Speech at the Conseil d’État, Paris, 16 February 2018 (“只要这些原则可以在非常不同的国际法背景下适用”)。

¹⁵⁷ James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 32; Redgwell, “General principles of international law” (见上文脚注 103), p. 16; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (见上文脚注 131), p. 37。

¹⁵⁸ Maarten Bos, “The recognized manifestations of international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 9-76, at p. 41. 另见 An Hertogen, “The persuasiveness of domestic law analogies in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 29 (2018), pp. 1127-1148; 国际法协会, 关于在国际法发展中使用国内法原则问题研究小组的报告(上文脚注 96), 第 211 段; Rumiana Yotova, “Challenges in identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: The approach of the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of Comparative and Contemporary International Law*, vol. 3 (2017), pp. 269-323, at p. 320; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (见上文脚注 103), p. 164; Christian Tomuschat, “Obligations arising for States with or against their will”, in *Recueil des cours*, vol. 241 (1993), p. 315; Michael Akehurst, “Equity and general principles of law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), pp. 801-825, at p. 816。

¹⁵⁹ 《北海大陆架(见上文脚注 49), 1968 年 8 月 30 日丹麦和荷兰共同复辩状》，第 19 段。

¹⁶⁰ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日, 纽约), 联合国, 《条约汇编》, 第 1456 卷, 第 24841 号, 第 85 页。

¹⁶¹ 《阿韦纳和其他墨西哥国民(见上文脚注 64), 墨西哥的诉状》，第 377-379 段。《美洲人权公约: 哥斯达黎加圣何塞公约》(1969 年 11 月 22 日, 圣何塞), 联合国, 《条约汇编》, 第 1144 卷, 第 17955 号, 第 123 页。

100. 在某些财产案中，列支敦士登在证明不当得利原则是国家法律体系的一项共同原则，但与国际法并不矛盾，然后进一步辩称，该原则已“纳入国际法”，因为它“启发了国际公法中的各种法律制度”，例如关于国家继承、对没收财产的补偿和赔偿评估的国际法规则。¹⁶²

101. 在临时协议的适用案中，北马其顿对希腊援引的所谓一般法律原则(未履行契约的抗辩)的存在提出异议，其中一条理由是，希腊的论点基于“关于条约和国家责任的现代国际法规则通过之前存在的有限和陈旧的权威依据”，¹⁶³ 并且该原则“未列入 1969 年《维也纳条约法公约》，第 60 条中无此内容”。¹⁶⁴

102. 国际法院还多次指出，“如《规约》第 59 条和第 60 条所反映的”既判力原则是一项一般性法律原则，旨在保护已有终局判决的案件的法院或法庭的司法职能及其当事方。¹⁶⁵

103. 在 *Tadić* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭的一个审判分庭认为，“以某种形式出现作为许多国家国内法典一部分的一事不再理原则……自其在《公民及政治权利国际公约》第 14(7)条中得到阐明以来，已获得一定的国际地位”。¹⁶⁶ 在同一案件中，上诉分庭根据“在国际判例法理中发展和(在适当情况下)完善的世界主要法律体系共同的一般法律原则”，就藐视法庭问题作出裁定。¹⁶⁷ 在概述了不同司法管辖区关于藐视法庭的国内规则之后，上诉分庭进一步审议了其《程序和证据规则》中的相关规定及其起草历史。¹⁶⁸

104. 在伊朗-美国索赔法庭的判例中也可以找到类似的处理办法。例如，在 *Sea-Land Service* 诉伊朗案中，伊朗-美国索赔法庭认为，关于不当得利的原则“在世界绝大多数国内法体系中得到编纂或司法承认”，并指出，“被广泛接受为已被纳入可供国际法庭适用的一系列一般法律原则之中”。¹⁶⁹ 在另一起案件中，法庭认

¹⁶² 《某些财产(上文脚注 56)，列支敦士登的诉状》，第 6.23-6.25 段。

¹⁶³ 《临时协议的适用(见上文脚注 86)，北马其顿的答辩状》，第 5.55 段。

¹⁶⁴ 同上，第 5.56 段。

¹⁶⁵ 例如见《加勒比海和太平洋海洋划界(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)案和波蒂略岛北部的陆地边界(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决书，2018 年国际法院案例汇编》，第 139 页，第 68 段。《尼加拉瓜海岸 200 海里以外尼加拉瓜与哥伦比亚大陆架划界问题(尼加拉瓜诉哥伦比亚)，初步反对意见，判决书，2016 年国际法院案例汇编》，第 100 页，见第 58 段。但另见《西南非洲的国际地位》(上文脚注 114)，见第 132 页，以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)，判决书，2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页，见第 419 段，在两案中，鉴于某些条约赋予术语的特殊含义，本国法院的原则似乎没有被认为已移置于国际法中。

¹⁶⁶ 《检察官诉 *Duško Tadić* a/k/a “DULE”，案件编号 IT-94-I-T，关于辩护方就不事不再理原则所提动议的裁定，1995 年 11 月 14 日，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭》，第 9 段。但是，法庭没有将该原则作为一般法律原则适用，而是将其作为一项对其具有约束力的原则适用，理由是“该原则出现在《规约》中，并以其出现的形式而适用”(同上)。

¹⁶⁷ *Tadić* (2000 年)(见上文脚注 56)，第 15 段。

¹⁶⁸ 同上，第 19-29 段。

¹⁶⁹ 《*Sea-Land Service* 诉伊朗》(见上文脚注 58)，第 168 页。

为，“情况改变的概念”……的基本形式已被纳入如此多的法律体系，可被视为是一项一般法律原则；法庭还在《维也纳条约法公约》第 62 条中发现得到广泛认可的表述”。¹⁷⁰

105. 其他仲裁庭也依据国际文书确认一般法律原则向国际法体系的移置。在 *Salini Costruttori S.p.A. 和 Italstrade S.p.A. 诉约旦* 一案中，仲裁庭认定，应由索赔人证明其索赔所依赖的事实的原则(即谁主张，谁证明)是一项“既定的法律原则”，因为除其他外，该原则已“纳入《贸易法委员会仲裁规则》第 24(1)条或《伊朗-美国仲裁庭规约》第 24(1)条等基本文书中”。¹⁷¹ 同样，在 *Saluka Investments B.V. 诉捷克共和国案* 中，关于提出反诉必须本诉有密切联系的要求，法庭提到了《联合国国际贸易法委员会规则》(《贸易法委员会规则》)、《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》¹⁷² 和《伊朗-美国解决索赔宣言》的相关规定，并指出“上述裁判所解释和适用的这些规定，如果对本诉有管辖权的法庭也要对反诉拥有管辖权，则应反映一般法律原则，说明反诉与本诉必须具有密切联系的性质”。¹⁷³

106. 综上所述，可以得出的结论是，当世界主要法律体系共有的一项原则反映在国际层面上时，无论是反映在条约还是其他国际文书中，这都可以作为证明该原则已移置于国际法体系的证据。其背后的逻辑似乎是，如果国际社会以这种方式表示承认这一原则在国际一级的适用性，这意味着该原则被认为符合国际法的基本原则，而国际法体系为该原则的适足适用提供了条件。

四. 与习惯国际法识别方法的区别

107. 要处理的最后一点是源自国家法律体系的一般法律原则的识别方法与习惯国际法的识别方法之间的区别。特别报告员认为，根据上述各章，这一区别是明确的，两个来源之间不应存在混淆。

108. 在 2018 年 12 月 20 日大会第 73/203 号决议中注意到的关于习惯国际法的识别的结论中，国际法委员会在结论 2 中确定，“要确定一项习惯国际法规则的存在及内容，必须查明是否存在一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例”。关于

¹⁷⁰ 《Questech, Inc. 诉伊朗》(见上文脚注 54)，第 122 页。另见《Rockwell 诉伊朗》(上文脚注 54)，第 171 页，第 92 段；《Isaiah 诉 Bank Mellat》(上文脚注 54)，第 237 页。

¹⁷¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ARB/02/13, Award, 31 January 2006, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 73。

¹⁷² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington, 18 March 1965), vol. 575, No. 8359, p. 159。

¹⁷³ *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Case No. 2001-03, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, Arbitral Tribunal, Permanent Court of Arbitration, para.76。另见 *United States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Community*, Panel Report, 31 July 2002 (WT/DS212/R), World Trade Organization, paras. 7.49-7.50。

可能的实践形式，结论 6 除其他外提到“立法和行政行为”，以及“国家法院的裁判”。此外，关于法律确信的证据形式，结论 10 纳入“国家法院的裁判”。¹⁷⁴

109. 这些实践和法律确信证据的形式与用于识别源自国家法律系统的一般法律原则的材料重叠，如上所述，这些材料基本上是国内法律渊源，如国家立法和国家法院所作裁判。然而，这种重叠必须是有所限定的。

110. 首先，为了使国家立法和国家法院所作裁判与识别习惯国际法的目的具有相关性，这些立法和判决必须伴有法律确信，或者说伴有一个信念，即该国家是根据国际法规定的权利或义务行事的。然而，这对于一般法律原则的出现并不是必要的：具有相关性的一点是，国家立法和法院如何规制和解决基本上属于国内性质的事项。¹⁷⁵

111. 此外，为识别源自国家法律体系的一般法律原则而进行的分析第二步(即核实移置)是这一国际法渊源所独有的。在识别习惯国际法规则时不需要这样的分析。

112. 鉴于截至现在所发生的情况，特别报告员建议下列结论草案：

结论草案 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 存在一项世界主要法律体系共有的原则；和
- (b) 其移置于国际法体系。

结论草案 5

确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在

1. 要确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在，需要对各国法律体系进行比较分析。
2. 比较分析必须广泛且有代表性，包括世界不同法律族系和区域。

¹⁷⁴ 另见关于习惯国际法的识别的结论 10 评注第(5)段，A/73/10，见第 141 页(“国家立法虽往往是政治选择的产物，但作为被接受为法律的证据，特别是在明确说明(例如与该立法通过有关的明确说明)该立法依据或履行习惯国际法时，可能是有价值的。各国法院的判决对国际法问题发表意见时，也可能包含此类声明。”)。

¹⁷⁵ 另见 Michael Wood, “Customary international law and the general principles of law recognized by civilized nations”, *International Community Law Review*, vol. 21(2019), pp. 307-324, at p. 318 (“必须研究的是各国如何规制发生在国内的法律关系”)；Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (上文脚注 92), p. 24 (“在国际法第三个渊源的定义中，也有得到文明人类承认的要素，但没有关于一般惯例的要求。因此，承认的对象不再是国际惯例中隐含的规则的法律性质，而是某些本质上具有法律性质的原则的存在”)。另见 Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (见上文脚注 94), p. 20；Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice” (见上文脚注 103), p. 185；Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (见上文脚注 103), p. 167。

3. 该比较分析包括对国家立法和国家法院所作裁判的评估。

结论草案 6

核实其移置于国际法体系

在下列条件下，世界主要法律体系共有的一项原则移置于国际法体系：

- (a) 该原则符合国际法基本原则；和
- (b) 该原则在国际法体系中适足适用的条件具备。

第三部分：识别在国际法体系内形成的一般法律原则

一. 一般考虑

113. 关于这一专题的第一次报告除论述源自国家法律体系的一般法律原则外，还讨论了《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项下的第二类一般法律原则：在国际法体系内形成的一般法律原则。¹⁷⁶ 报告本部分将论述识别此类原则的方法。

114. 首先，我们必须记得，国际法委员会内部对这类一般法律原则一直有不同的意见。许多成员普遍支持一个观点，即可能有一些原则完全起源于国际法体系。¹⁷⁷ 然而，其他成员虽然没有完全排除存在第二类原则的可能性，但对此表示了一些关切。¹⁷⁸ 这些顾虑实质上是关于这类一般法律原则的明显不充分或不具结论性的

¹⁷⁶ A/CN.4/732，第 231-253 段。

¹⁷⁷ 见 Aurescu 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 11 页)；Cissé 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 21 页)(指出，“第 38 条第(1)款(c)项的案文、相关准备工作资料和该条款的历史与一些学者的论点不符，后者认为只应包括[源自国家法律体系的一般原则类别]。案文具有一般性，也没有任何明确的迹象表明起草者打算将该款仅限于该类别，因此有理由对该概念作出更广泛、更自由的解释”)；Galvão Teles 女士的发言(A/CN.4/SR.3489，第 21-22 页)(指出“另一套一般原则可能起源于国际法体系或国际关系本身。这一想法在实践和文献中也得到了很大程度的支持”)；Gómez-Robledo 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 10 页)；Grossman 先生(A/CN.4/SR.3493，第 7 页)(指出，“在国际法体系内形成的一般法律原则的存在也回应了另外一个需要，即需要识别该体系内某些总体特征。这些特征可以为国内体系中没有出现的情况提供适当的解决方案，否则这些情况就会悬而不决……[这些特征]还可以用来规制那些业已达成广泛共识但几乎没有机会发展国家实践的问题”)；黄惠康先生的发言(A/CN.4/SR.3493，第 12 页)；Jalloh 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 7 页)；Lehto 女士的发言(A/CN.4/SR.3492，第 15 页)(指出“后来成为《国际法院规约》第 38 条第(1)款(c)项的第 38 条案文没有排除其他类型的一般原则，起草历史表明，该案文也是两个一般原则概念之间的折衷”)；Nguyen 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 13 页)；Nolte 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 19 页)(指出“根据形成这些原则的前提条件，可以将‘在国际法体系内形成的一般原则’这一类别设想为第 38 条第(1)款(c)项下的一般原则的一种形式”)；Oral 女士的发言(A/CN.4/SR.3492，第 7 页)；Ruda Santolaria 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 12 页)；Saboia 先生的发言(A/CN.4/SR.3491，第 17 页)；Tladi 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 3 页)；Valencia-Ospina 先生(A/CN.4/SR.3489，第 10 页)(指出“[其他原则]是国际法律秩序固有的(例如管辖权须经国家同意的原则)”)。

¹⁷⁸ 见 Argüello Gómez 先生的发言(A/CN.4/SR.3492，第 4 页)；Hmoud 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 14-15 页)；Murase 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 8 页)；Murphy 先生的发言(A/CN.4/SR.3490，第 14 页)；Park 先生的发言(A/CN.4/SR.3489，第 16-17 页)；Rajput 先生的发言(A/CN.4/SR.3490，第 14 页)。

实践；难以将之与习惯国际法区分开来；以及在用于识别这些一般法律原则的标准可能不够严格这一点上是存在危险的，结果则是国际法规则可能太容易被援引。

115. 在第六委员会内也有意见分歧。大体上，大多数国家同意存在属于《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项的第二类一般法律原则。¹⁷⁹ 其他国家则呼吁国际法委员会在不采取明确立场的情况下进一步研究这一问题。¹⁸⁰ 其他一些代表团则对此类原则的存在表示怀疑。¹⁸¹

116. 有必要就国际法委员会和第六委员会内提出的关切问题提出一些一般性意见。特别报告员同意，必须非常谨慎地对待将国际法委员会的工作建立在充分实践基础上的问题，在涉及国际法渊源之一的专题中尤为如此。特别是在第二类一般法律原则的背景下，识别相关实践的困难在于，首先，《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项是在很少情况下援引这些原则时才被明示提及的。第二，必须承认，实践中使用的术语是不精确的。因此，在特定情况下，是援引或适用在国际法体系内形成的一般法律原则，还是援引或适用条约所定国际法或习惯国际法规则，这个问题往往因不同的解释而异。第三，在某些情况下，第一类和第二类一般法律原则之间可能存在某种重叠，以至于一条可被认为属于第二类的原则也可能反映在国家法律体系中(例如，可以说条约必须遵守原则即属此种情况)。

117. 特别报告员认为，在实践中很少提及《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项这一点并不是不可逾越的障碍。第一次报告解释说，第 38 条第 1 款(c)项的起草历史和案文支持第二类一般法律原则的存在。下一章将显示，实践中的例子似乎

第 19 页)；Šturma 先生的发言(A/CN.4/SR.3493，第 16 页)。Wood 先生(A/CN.4/SR.3490，第 4 和 9 页)。

¹⁷⁹ 见奥地利的发言(A/C.6/74/SR.31，第 88 段)(称“在某些情况下，也可能存在‘在国际法体系内形成’的一般法律原则”)；白俄罗斯的发言(A/C.6/74/SR.31，第 95 段)；中国的发言(A/C.6/74/SR.27，第 96 段)；厄瓜多尔的发言(A/C.6/74/SR.27，第 37 段)；爱沙尼亚的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)；意大利的发言(A/C.6/74/SR.32，第 34 段)；荷兰的发言(A/C.6/74/SR.31，第 153 段)(指出“一些一般法律原则起源于国际法体系，这一立场得到了国家实践和国际性法院和法庭判例法的支持。公海自由即是国际法一般原则的一个例子”)；挪威(代表北欧国家)(A/C.6/74/SR.31，第 77 段)(指出“第 38 条第(1)款(c)项不排除一般法律原则源自国家法律体系以外渊源的可能性”)；秘鲁的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)(表示“一般法律原则可产生于国家法律体系，即通过从国家法律体系移置入国际法，或产生于国际法体系本身”)；葡萄牙的发言(A/C.6/74/SR.32，第 87 段)；俄罗斯联邦的发言(同上，第 79 段)；塞拉利昂的发言(A/C.6/74/SR.31，第 106 段)(称“在国际法的某些领域，如国际刑法中，源自国内法和国际法的一般法律原则特别重要”)；西班牙的发言(A/C.6/74/SR.32，第 39 段，以及可从 PaperSmart 门户网站查阅的发言(指出“一般法律原则有两大类，即源自国家法律体系的原则和在国际法体系内形成的原则”)；苏丹的发言(同上，第 28 段)；乌兹别克斯坦的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)。

¹⁸⁰ 见澳大利亚的发言(可从 PaperSmart 查阅)；智利的发言(A/C.6/74/SR.32，第 47 段)；克罗地亚的发言(A/C.6/74/SR.25，第 57 段)；古巴的发言(A/C.6/74/SR.31，第 138-139 段)；大韩民国的发言(A/C.6/74/SR.32，第 121 段)；密克罗尼西亚联邦的发言(同上，第 54 段)；菲律宾的发言(同上，第 4 段)；越南的发言(同上，第 59 段)。

¹⁸¹ 见捷克共和国的发言(A/C.6/74/SR.32，第 104 段)；伊朗伊斯兰共和国的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)；斯洛伐克的发言(A/C.6/74/SR.31，第 118 段)；联合王国的发言(A/C.6/74/SR.32，第 15 段)；美国的发言(可从 PaperSmart 门户网站查阅)。

证实了这一点。各国在第六委员会中表达的意见还表明，第 38 条第 1 款(c)项的范围超出了源自国家法律体系的一般法律原则。

118. 关于在实践中和文献中使用的不精确的术语(特别是“国际法一般原则”和“国际法原则”等术语的使用)，特别报告员认为，必须仔细分析每个案件的上下文。这些术语在某些情况下可指在国际法体系内形成的一般法律原则。在另一些情况下，使用者可能考虑的是条约所定国际法或习惯国际法的规则，甚至是源自国家法律体系的一般法律原则。为了解决这一困难，一个重要的标准是确定在特定情况下，是否按照独特的方法识别了一个规范。

119. 关于属于《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项的两类一般法律原则之间的重叠问题，特别报告员认为应避免模糊二者之间的区别。如第一次报告和本报告所示，源自国家法律体系的一般法律原则已在实践和文献中得到广泛接受，而这些原则的识别方法有各自的特点。识别在国际法体系内形成的法律一般原则的方法是不同的。所需要的是确定国际社会承认的一项原则的存在，方法即是确定一项原则：在条约和其他国际文书中得到广泛承认；是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；或为国际法体系基本特征和基本要求所固有。

120. 与第六委员会几乎所有委员和国家一样，特别报告员还认为，必须明确区分在国际法体系内形成的一般法律原则和习惯国际法规则。产生这一问题的原因是担心用于识别属于第二类的一般法律原则的标准必须足够严格，并且决不能将这些一般原则视为轻易援引国际法规则的方式。下文第三章将较为详细地论述了这一问题。

二. 方法

121. 国家实践和判例为如何识别在国际法体系内形成的一般法律原则提供了一些启示。特别报告员认为，由于这些原则属于《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项，它们存在的必要条件是，与第一类原则一样，承认必须具有广泛性和代表性，反映国际社会的共同理解。在目前所论背景下，承认可以被认为采取三种不同的形式。第一，一项原则可以在条约和其他国际文书中得到广泛承认；第二，一项原则可以是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；第三，一项原则可为国际法体系基本特征和基本要求所固有。然而，必须指出的是，这些形式的承认并不是相互排斥的。如下文所示，在某些情况下，三种形式可能共存。

A. 在条约和其他国际文书中得到广泛承认的原则

122. 识别在国际法体系内形成的一般法律原则的第一种方式是核实该项原则已被广泛纳入条约和其他国际文书，如大会决议。

123. 《纽伦堡法庭宪章》和《纽伦堡法庭判决书》所确认的国际法原则(纽伦堡原则)可以被视为以这种方式产生的一般法律原则的一个例子。纽伦堡原则被纳入 1945 年《国际军事法庭宪章》，¹⁸² 并由《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯军

¹⁸² 《1945 年 8 月 8 日关于起诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的伦敦协定》所附《国际军事法庭宪章》，联合国，《条约汇编》，第 82 卷，第 279 页。

事法庭(纽伦堡法庭)判决书》加以适用。1946年12月11日,大会在其一致通过的第95(I)号决议中确认了“纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则”。¹⁸³大会还指示国际法逐渐发展和编纂问题委员会拟订这些原则的表述。¹⁸⁴

124. 在第一届会议上,国际法委员会审议了是否应核实纽伦堡原则在多大程度上构成了“国际法原则”,并决定,“既然纽伦堡原则已得到大会的确认,赋予委员会……的任务不是要表示对这些原则作为国际法原则的赞同,而仅仅是拟订这些原则的表述”。¹⁸⁵

¹⁸³ 大会1946年12月11日第95(I)号决议。

¹⁸⁴ 同上。

¹⁸⁵ 《1950年国际法委员会年鉴》,第二卷,第374页,第96段。另见《1949年……年鉴》,第一卷,第133页,第35段;《1950年……年鉴》,第二卷,第189页,第36段。纽伦堡原则规定如下:

“原则一

从事构成违反国际法的犯罪行为的人承担个人责任,并因而应受惩罚。

原则二

国内法不处罚违反国际法的罪行的事实,不能作为实施该行为的人免除国际法责任的理由。

原则三

以国家元首或负有责任的政府官员身份行事,实施了违反国际法的犯罪行为的人,其官方地位不能作为免除国际法责任的理由。

原则四

依据政府或其上级命令行事的人,假如他能够进行道德选择的话,不能免除其国际法上的责任。

原则五

被控有违反国际法罪行的人有权在事实和法律上得到公平的审判。

原则六

违反国际法应受处罚的罪行是:

(a) 反和平罪:

- (一) 计划、准备、发起或进行侵略战争或破坏国际条约、协定或承诺的战争;
- (二) 参与共同策划或胁迫从实施上述第(一)项所述任何一项行为的。

(b) 战争罪:违反战争法规或习惯,出于某种目的或在占领区内,实施包括但不限于谋杀、虐待或奴役平民居民,谋杀、虐待战俘,谋杀、虐待海上人员,杀害人质,劫掠公私财产,肆意摧毁城市、集镇、乡村,或无军事之必要而以非正义方式进行破坏。

(c) 反人道罪:对任何平民居民进行谋杀、生物实验、放逐和其他非人道行为,或基于政治、种族、宗教背景的迫害,而此类行为已实施或此类迫害已执行或此类行为与任何反和平罪或任何战争犯罪相关联的。

原则七

共谋犯下原则六所述的反和平罪、战争罪或反人道罪是国际法上的罪行。”

125. 后来在通过《公民及政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》时，纽伦堡原则似乎被各国视为《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则。如第一次报告所述，这两项条约的工作文件表明，在其中分别列入第 15 条第 2 款和第 7 条第 2 款时，缔约方的意图是进一步“确认和加强”纽伦堡原则。¹⁸⁶ 关于这些原则的法律性质，各国提请注意，除其他外，这些原则已列入《国际军事法庭宪章》，并得到大会第 95(I)号决议的确认，而且符合《联合国宪章》的宗旨、大会第 96(I)号决议(其中确认灭绝种族罪为国际法下的罪行)以及《防止及惩治灭绝种族罪公约》。¹⁸⁷

126. 判例法中也提到了作为一般法律原则的纽伦堡原则的法律性质。例如，在 *Kolk* 和 *Kislyiy* 诉爱沙尼亚案中，欧洲人权法院指出：

虽然纽伦堡法庭是为审判欧洲轴心国主要战犯在第二次世界大战之前或期间犯下的罪行而设立的，但法院指出，关于危害人类罪的原则的普遍有效性后来除其他外得到联合国大会第 95 号决议(1946 年 12 月 11 日)的确认，后来又得到国际法委员会的确认。因此，危害人类罪的责任不能仅限于某些国家的国民，也不能仅限于在第二次世界大战特定时间框架内犯下的行为。在这方面，法院要强调，《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》第一(b)条明确规定，不对危害人类罪适用任何法定时效，无论这些罪行发生的日期是什么，也无无论是在战争时期还是和平时期的。在加入上述公约后，爱沙尼亚有义务执行上述原则。

公约第 7 条第 2 款明示规定，任何人的行为或不行为，于发生当时依文明国家公认的一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受该条规定影响。危害人类罪就是如此，《纽伦堡国际法庭宪章》规定了关于对这些犯罪不设时限的规则。¹⁸⁸

127. 根据上述情况，可以得出结论，国际社会承认纽伦堡原则是国际法体系内形成的一般法律原则，这是一系列行动的综合结果：将其列入《国际军事法庭宪章》、由纽伦堡法庭加以适用以及由大会第 95(I)号决议予以一致确认。纽伦堡原

¹⁸⁶ 见 A/2929, 第 96 段; A/4625, 第 15-16 段; A/C.3/SR.1008, 第 2-3 和 14 段; A/C.3/SR.1010, 第 9 段; A/C.3/SR.1012, 第 15 段; A/C.3/SR.1013, 第 4-15、17 段; Council of Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory work on article 7 of the European Convention on Human Rights, Information document prepared by the Secretariat of the Commission (DH (57) 6), p. 4.

¹⁸⁷ 见 A/C.3/SR.1008, 第 135 页, 第 14 段; A/C.3/SR.1012, 第 15 段; A/C.3/SR.1013, 第 4-15 段; 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日, 巴黎)。同上, 第 78 卷, 第 1021 号, 第 277 页。

¹⁸⁸ *Kolk and Kislyiy v. Estonia* (dec.), Application Nos. 23052/04 and 24018/04, Decision on Admissibility, 17 January 2006, Fourth Section, European Court of Human Rights, *Reports of Judgments and Decisions* (ECHR), 2006-I. See also *Vasiliauskas v. Lithuania* [Grand Chamber], Application No.35343/05, Judgment, 20 October 2015, Grand Chamber, European Court of Human Rights, ECHR 2015, paras. 187-190 (重申其先前的判例法, 即《欧洲公约》第 7 条第 2 款只是“对[第 7 条第 1 款]责任部分的上下文澄清, 以便确保对在二战后对该战争期间所犯罪行的起诉有效性没有任何疑问……因此, 很明显, 《公约》起草者并不打算允许对不溯及既往规则的任何一般性例外”)。

则作为《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则似乎得到《公民及政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》准备工作资料的确认。

128. 在对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留案中，国际法院在确定可以对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出何种保留以及可以对其提出何种反对时，似乎考虑了国际社会承认的、非源自国家法律体系的某些一般法律原则的存在。法院在其咨询意见中除其他外指出：

这些问题的解决办法须在《灭绝种族罪公约》的特殊性中找到。该公约的起源和性质、大会和缔约方追求的宗旨、公约各条款之间以及这些条款与这些宗旨之间存在的关系，都为解释大会和缔约方的意愿提供了要素。《公约》的起源表明，联合国意图谴责和惩治灭绝种族行为，视之为“国际法下的罪行”，因为此等行为否认所有人类的生存权利，此种否认震撼人类良知，致使人类蒙受重大损失，与道德法以及联合国的精神和宗旨大相悖谬(联合国大会第 96(1)号决议，1946 年 12 月 11 日)。这一概念产生后的第一个后果是文明国家承认《公约》的基本原则对国家具有约束力，即便《公约》未规定任何义务。第二个后果是谴责灭绝种族罪行和进行必要合作使“人类免于再次遭受此类狞恶之浩劫”(《公约》序言)均具有普遍性质。因此，联合国大会和缔约方欲使《灭绝种族罪公约》在适用范围上具有绝对普遍性。事实上，1948 年 12 月 9 日，56 个国家一致通过了一项决议，对该公约加以核准。¹⁸⁹

129. 法院提及的大会第 96(I)号决议还指出，灭绝种族罪“与道德规范及联合国之精神与目的自属大相悖谬”，并申明“屠杀人群[灭绝种族]为国际法下一种犯罪行为，自为文明世界所不容，凡犯此罪者，无论其为主犯、从犯，无论其为个人、公务人员或政治首领，亦无论其犯罪理由为宗教、种族、政治或其他性质，均应予以处罚”。¹⁹⁰

130. 特别报告员认为，法院使用的语言可以解释为《规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则(“文明国家承认对各国具有约束力的”)。正如法院指出的那样，有关原则(关于谴责和惩罚灭绝种族罪)是《公约》的“基础”，即使在没有《公约》的情况下也对各国具有约束力。国际社会对这些原则的承认可以认为已反映在《防止及惩治灭绝种族罪公约》以及大会第 96(I)号决议中。

131. 通过纳入条约而出现的属于第二类法律原则的另一个例子是马顿斯条款所体现的原则，该原则首次出现在 1899 年《关于陆战法规和习惯的海牙(第二)公约》和 1907 年《关于陆战法规和习惯的海牙(第四)公约》的序言中。¹⁹¹ 案文如下：

¹⁸⁹ 《对〈灭绝种族罪公约〉的保留，1951 年 5 月 28 日咨询意见，1951 年国际法院案例汇编》，第 15 页，见第 23 页。

¹⁹⁰ 大会 1946 年 12 月 11 日第 96(I)号决议。

¹⁹¹ Hague Conventions respecting the laws and customs of war on land (The Hague, 18 October 1907): Convention (II) respecting the limitation of the employment of force for the recovery of contract debts (Hague Convention II); Convention (IV) respecting the laws and customs of war on land (Hague

在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国认为应该声明，凡属它们通过的规章中未列出的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，因为这些原则源于文明国家之间的惯常做法，源于人性法规和公众良知要求。

132. 这一条款已纳入海牙公约之后的若干其他条约，例如 1949 年日内瓦四公约及其附加议定书。¹⁹² 马顿斯条款的一个较新的表述提及“源自既定习惯、人道原则和公共良知之约束的国际法原则”。¹⁹³

133. 马顿斯条款提及“国际法原则，因为它们源自……作为战争法一部分的国际人道法和公共良知要求”，与“国际法原则平行适用，因为它们产生于文明国家之间的既定惯例”(即习俗)。一些国家认为人道法律(或原则)和公共良知要求(或约束)是国际社会承认的，而不是源自国家法律体系的一般法律原则。例如，在“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”一案中，瑙鲁辩称：

马顿斯条款似乎要求适用一般法律原则。该条款谈到了人道的法律和公众良心的约束。因此，文明国家承认的一般法律原则似乎体现了人道原则和公众良知。因此，禁止使用不人道的武器和触犯公众良知的武器。¹⁹⁴

134. 同样，在第六委员会 2019 年辩论期间，挪威(代表北欧国家)表示，马顿斯条款“是在国际法体系内形成的原则的一个例子”。¹⁹⁵

135. 在国际环境法领域也可找到通过被纳入条约和其他国际文书而产生的一般法律原则。¹⁹⁶ 一个可能的例子是谁污染谁付款原则，这一原则在若干环境条约

Convention IV), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (ed.) (New York, Oxford University Press, 1915)。

¹⁹² 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 970 号，第 31 页，第 63 条；《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》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 75 卷，第 971 号，第 85 页，第 62 条；《关于战俘待遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，同上，第 972 号，第 135 页，第 142 条；《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，第 158 条；《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的(第一)附加议定书》(1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17512 号，第 3 页，第 1 条，第 2 款。《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的(第二)附加议定书》(1977 年 6 月 8 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1125 卷，第 17513 号，第 609 页，序言。《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(1980 年 10 月 10 日，日内瓦)，联合国，《条约汇编》，第 1342 卷，第 22495 号，第 137 页，序言。

¹⁹³ 见《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(一)》，地 1 条，第 2 款。

¹⁹⁴ 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，瑙鲁任命的律师 1995 年 6 月 15 日的信，连同瑙鲁政府的书面声明》，第 13 页。

¹⁹⁵ 挪威(代表北欧国家)的发言(A/C.6/74/SR.31，第 77 段)。

¹⁹⁶ 关于可能存在《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项所指的特定于环境法领域的、不一定源自国家法律体系的某些一般法律原则，例如见《乌拉圭河纸浆厂(阿根廷诉乌拉圭)，判决书，2010 年国际法院案例汇编》，第 14 页，坎卡多·特林达德法官的个别意见，第 135 页，见第 6、28、48、52 页；Makane Moïse Mbengue and Brian McGarry, “General principles of international environmental law in the case law of international courts and tribunals”, in Andenas et al., *General*

中有明示规定或体现，要求污染者承担防止、控制和减少污染的费用。¹⁹⁷ 最近的一些条约在其序言中将谁污染谁付款原则称为“国际环境法的一般原则”。¹⁹⁸

136. 除条约外，某些国际文书还包括谁污染谁付费原则。值得注意的是，《关于环境与发展的里约宣言》¹⁹⁹ 原则 16 规定：

各国主管当局应考虑到原则上应由污染者承担治理污染费用的方针，同时适当顾及公众利益和避免使国际贸易和投资发生扭曲，努力促进环境成本内部化，和各种经济手段的应用。²⁰⁰

Principles and the Coherence of International Law (see footnote 88 above), pp. 408-441, at pp. 408-413. 然而，这些学者还指出，“由于国际环境法的主要内容被称为‘原则’，因为它主要产生于普遍的软法文书(如《里约宣言》)，从这个意义上说，这些规范可以被视为一套习惯国际法”(第 420 页)。

¹⁹⁷ 例如见《核能领域第三者责任公约》(1960 年 7 月 29 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 956 卷，第 13706 号，第 251 页；《维也纳核损害民事责任公约》(1963 年 5 月 21 日，维也纳)，同上，第 1063 卷，第 16197 号，第 265 页；《保护地中海免受污染公约》(1976 年 2 月 16 日，巴塞罗那)，同上，第 1102 卷，第 16908 号，第 27 页，第 12 条；ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources (Kuala Lumpur, 9 July 1985), *UNEP Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment* (Cambridge, 1991) vol. 2, p. 144, art. 10 (d)；《保护阿尔卑斯山公约》(1991 年 11 月 7 日，奥地利萨尔茨堡)，联合国，《条约汇编》，第 1917 卷，第 32724 号，第 135 页，第 2 条，第 1 款；《保护东北大西洋海洋环境公约》(1992 年 9 月 22 日，巴黎)，同上，第 2354 卷，第 42279 号，第 67 页，第 2 条，第 2(b)款；Agreement on the European Economic Area (Brussels, 13 December 1993), *Official Journal of the European Communities*, vol. 37, No. L 1, p. 3, art. 73, para. 2；《跨界水道和国际湖泊保护和利用公约》(1992 年 3 月 17 日，赫尔辛基)，联合国，《条约汇编》，第 1936 卷，第 33207 卷，第 269 页，第 2 条，第 5(b)款。Agreements on the Protection of the Rivers Meuse and Scheldt (Charleville Mezieres, France, 26 April 1994), *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), p. 851, art. 3, para. 2 (d)；Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River (Sofia, 29 June 1994), *Official Journal of the European Communities*, vol. 52, No. L 342, p. 19, art. 2, para. 4；Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London, 7 November 1996), *London Convention 1972: Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter and 1996 Protocol* (London, International Maritime Organization, 2003), p. 15, art. 3, para. 2；Convention on the Protection of the Rhine (Bern, 12 April 1999), *Official Journal of the European Communities*, vol. 43, No. L 289, p. 31, art. 4(d). 另见 Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2003), pp. 279-281。

¹⁹⁸ 例如见《国际油污防备、反应与合作公约》(1990 年 11 月 30 日，伦敦)，联合国，《条约汇编》，第 1891 卷，第 32194 号，第 77 页。

¹⁹⁹ 《联合国环境与发展会议报告，里约热内卢，1992 年 6 月 3 日至 14 日，第一卷：会议通过的决议》(A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I)；联合国出版物，出售品编号 C.93.1.8)，决议 1，附件，第 3 页，见第 6 页。

²⁰⁰ 另见 Organization for Economic Cooperation and Development: Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Aspects of Environmental Policies, OECD/LEGAL/0102 (1972), annex, paras. 2-5；Recommendation of the Council on the Implementation of the Polluter-Pays Principle, OECD/LEGAL/0132 (1974)；Recommendation of the Council concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, OECD/LEGAL/0251 (1989)；Recommendation of the Council on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy, OECD/LEGAL/0258 (1991)。

137. 特别报告员认为，谁污染谁付费原则可以被视为《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则，其依据是可通过将该原则纳入若干被广泛接受的条约和其他国际文书来核实该原则得到了国际社会承认。²⁰¹

B. 作为条约所定国际法或习惯国际法一般规则基础的原则

138. 在国际法体系内形成的一般法律原则也可以通过确定它们是条约所定国际法或习惯国际法一般规则的基础来加以识别。²⁰² 在这些情况下，《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项下一般原则的存在所需承认似乎是从基于这些原则的规则得到的普遍接受中推断出来的。这种方法论本质上是演绎的。

139. 例如，在科孚海峡案中，国际法院认定：

阿尔巴尼亚当局应尽的义务包括，为一般的航行利益起见应通告在阿尔巴尼亚领海设有布雷区并应警告趋近的英国军舰布雷区可对它们造成紧急危险。这些义务的依据，不是适用于战时的 1907 年《海牙第八公约》，而是基于某些一般性的且获得公认的原则，即：最基本的人道考量，而这些考量在和平时期比在战时更为严苛；海上通信自由原则；每个国家都有义务不在明知的情况下允许其领土被用来进行违反他国权利的活动。²⁰³

140. 法院没有适用《海牙公约》，该公约仅适用于战时，而且何况阿尔巴尼亚也不是该公约的缔约国。然而，法院确定了基于“一般和公认的原则”的某些义务，这些义务可以被认为是从现有的条约所定国际法或习惯国际法规则中推导出来的，²⁰⁴ 并将这些原则应用于裁断手头的案件。

141. 在以核武器进行威胁或使用核武器的合法性案中，印度尼西亚似乎同样试图通过从条约条款中进行演绎，以识别一般法律原则。该国提出：“在国际法文

²⁰¹ 另见 Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), p. 81 (“乍一看，[谁污染谁付费原则]似乎只是在环境背景下适用的修复对他人造成的损害的义务的一个版本。然而，这种有限的理解将剥夺这一原则的任何自成一体的内容，因为该义务通过不伤害原则和防止原则已成为习惯国际法中的既定原则”)。

²⁰² Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (见上文脚注 103), p. 162。二位学者补充说，“国际法是获得一般原则的起点，而这些原则随后可适用于不属于相关规则最初权限范围的其他情况”(同上)。

²⁰³ 《科孚海峡》(见上文脚注 55)，第 22 页。在提交的诉讼请求中，联合王国除其他外，请法院宣布阿尔巴尼亚“没有按照国际法和人道的一般原则，并按照 1907 年《海牙第八公约》的要求就地雷的存在进行通知”(同上，第 10 页)。阿尔巴尼亚在其辩诉状中宣称，即使它没有成为《公约》的缔约国，它接受《公约》所载规则的约束，即使在和平时期也是如此，因为这些规则具有“宣告性”(阿尔巴尼亚辩诉状，第 84 段)。另见阿尔巴尼亚的复辩状，第 27 段。

²⁰⁴ 见 Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (见上文脚注 103), p. 163; Yotova, “Challenges in identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (上文脚注 158), p. 299。

书和法律确信以及文明国家承认的一般法律原则中，可以找到对关于威胁实施非法行为也属非法的原则的支持”。²⁰⁵

142. 在提出这一论点时，印度尼西亚宽泛地提及禁止拥有和制造大规模毁灭性武器的条约、纽伦堡原则、《日内瓦公约第一议定书》和《防止及惩治灭绝种族罪公约》。²⁰⁶

143. 在 *Furundžija* 案中，面对在各国如何在国内将强迫插入口腔的性行为定为刑事犯罪方面的“重大分歧”，²⁰⁷ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭认为，它必须“确定是否[可以]通过诉诸国际刑法一般原则或在此类原则不能解决问题的情况下诉诸国际法一般原则来达成适当的解决办法”。²⁰⁸ 虽然审判分庭没有解释这两个术语之间的区别，也没有说明它所依赖的是哪一个术语，但认为：

将男性性器官强行插入口腔构成了对人的尊严的最屈辱和有辱人格的攻击。整个国际人道法和人权法的精髓在于保护每一个人的人格尊严，不分其性别。尊重人的尊严的一般原则是国际人道主义法和人权法的基本基础，事实上也是其存在的理由；事实上，在现代，该原则如此重要，以至于渗透到整个国际法体系之中。这项原则旨在保护人类使其人格尊严免遭侵犯，无论这种侵犯是通过非法攻击身体还是通过侮辱和贬低一个人的荣誉、自尊或精神健康来实施的。与这一原则相一致的是，诸如强迫插入口腔性行为等极其严重的性暴行应被归类为强奸。²⁰⁹

144. 因此，审判分庭似乎以“国际人道法和人权法”为基础，确定并适用了“尊重人的尊严的一般原则”。

145. 鉴于上述情况，特别报告员的结论是，当一项原则是条约所定国际法和习惯国际法一般规则的基础时，可以认为该原则是在国际法体系内形成的。这些原则得到在《规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的“承认”，因为它们通过有关条约和习惯规则得到广泛确认。这些规则的识别方法基本上是演绎的：必须研究具体的国际法规则，并推导出这些规则背后的原则。如此识别出的原则可以独立于条约所定国际法或习惯国际法的相关规则而适用，甚至在没有这些规则的情况下也可以适用。换言之，这一原则并不构成其演绎所依据的规则的一部分。

²⁰⁵ 《以核武器进行威胁或使用核武器的合法性》，CR 1995/25，1995 年 11 月 3 日，第 37 页，第 77 段。

²⁰⁶ 同上，第 78-79 段。

²⁰⁷ *Furundžija* (见上文脚注 56)，第 182 段。

²⁰⁸ 同上。

²⁰⁹ 同上，第 183 段。

C. 为国际法体系基本特征和基本要求所固有的原则

146. 可用于识别属于第二类的一般法律原则的第三种方式是，核实这些原则为国际社会所创设的国际法体系基本特征和基本要求所固有。

147. 这方面的一个例子是管辖权须经同意原则，该原则可视为国际法体系一项固有的原则，这是由国际法体系的结构决定的：这是主权国家平等的必然结果，而且没有类似于国家法律体系中的可向其强制提交争端的司法机构。这一原则启发并反映于若干国际文书，并经常在判例法中被提及。例如，在货币黄金案中，国际法院指出，“未经阿尔巴尼亚同意就阿尔巴尼亚的国际责任作出裁段，将违背法院《规约》所载的既定国际法原则，即法院只有在一国同意的情况下才能对其行使管辖权”。²¹⁰ 尼加拉瓜也在陆地、岛屿和海上边界争端案中援引该原则作为“一般国际法原则”，认为其“体现在[《国际法院规约》]第 62 条的规定中”。²¹¹ 法院的分庭指出，为了回答关于尼加拉瓜根据《规约》第 62 条参加诉讼是否需要管辖权联系的问题，分庭必须“结合参加诉讼的程序启动问题来考虑合意管辖权的一般原则”。²¹² 在这方面，分庭认为，“这一一般原则的重要性是毋庸置疑的”，并提及马夫罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案，在该案中，常设法院认为，它在运行时“铭记其管辖权是有限的，它总是基于被告的同意，并且只有在给予这种同意的情况下才存在”。²¹³ 同时，也可以说，管辖权须经同意原则在条约中得到广泛承认，因此也满足了国际一级承认的第一种形式的要求。如上所述，不同形式的承认并不是相互排斥的。

148. 在通过权案中，葡萄牙辩称，《国际法院规约》第 38 条第 1 款(c)项意义上的一般法律原则不仅包括源自国家法律体系的一般原则，也包括国际法律秩序中固有的一般原则。²¹⁴ 关于后者，葡萄牙坚持认为：

Parmi les principes du droit international, il en est un certain nombre dont le caractère fondamental résulte de ce qu'ils sont intimement liés à la structure de ce droit. Ce sont, dit justement Sörensen, des principes 'inhérents au système juridique international tel que nous le connaissons à l'époque contemporaine'. “Sans eux”, précise-t-il, “la structure de la communauté internationale serait radicalement changée, et historiquement ils ont donc fait partie du droit international dès le début

²¹⁰ 《1943 年从罗马运走的货币黄金案(初步问题)》，1954 年 6 月 15 日判决书，1954 年国际法院案例汇编》，第 19 页，见第 32 页。

²¹¹ 《陆地、岛屿和海上边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯：尼加拉瓜参加诉讼)》，总表第 75(1986)号，尼加拉瓜政府申请参加诉讼，国际法院》，第 6 页。

²¹² 《陆地、岛屿和海上边界争端(萨尔瓦多/洪都拉斯)》，参加诉讼申请，判决书，1990 年国际法院案例汇编》，第 92 页，见第 132-133 页，第 94 段。

²¹³ 同上，第 133 页，第 95 段。另见第 99 段。

²¹⁴ 《通行权(见上文脚注 62)》，葡萄牙的答辩状》，第 335 段。葡萄牙补充说：“Ce Sont des Premes généraux qui sont propres à l'ordre Juridique International et not il serait donc vain de chercher la explementation dans les orres Juridique interents” [这些是国际法律秩序独有的一般原则，因此，寻找它们在国内法律秩序中的表现是没有意义的](同上)。

de l'ordre juridique international sous sa forme moderne" Et il ajoute: "Parmi les plus significatifs de ces principes axiomatiques, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence de la Cour, il y a lieu de signaler les principes de l'indépendance et de l'égalité des États qui, à leur tour, font partie de la notion traditionnelle de la souveraineté".²¹⁵

[国际法的一些原则具有根本性，因为它们与国际法的结构密切联系在一起。正如索伦森正确地指出的那样，它们是“我们今天所知的国际法体系固有的原则”。“若没有这些原则，”他说，“国际社会的结构将从发生巨大改变；因此，从现代形式的国际法律秩序建立伊始，这些原则便在历史上是国际法的一部分“……他补充说：“从国际法院判例中出现的这些公理性的原则中最重要的是国家独立和平等原则，而这些原则又构成了传统主权概念的一部分”。]

149. 然而，印度拒绝接受葡萄牙的意见，除其他外，指出“国际公法原则”不属于《规约》第 38 条第 1 款(c)项的范围(印度认为该款仅包括源自国家法律体系的原则)，并且“国际公法一般原则除了习惯规则和条约规则之外没有其他内容”。²¹⁶ 国际法院没有就此事项作出裁断。

150. 在边界争端案(布基纳法索/马里)中，国际法院的一个分庭提到依法保有原则，将之作为与独立现象有逻辑联系的一般原则。分庭指出：

既然当事双方……明确要求分庭特别在“从殖民时代继承的边界无形性原则”的基础上解决其争端，分庭则不能无视依法保有原则，正是后者的适用引起了边界无形性的这一方面问题。尽管就本案而言，没有必要表明这是涉及非殖民化的一项牢固确立的国际法原则，但鉴于其对非洲大陆和当事双方的特别重要性，分庭仍要强调其范围的一般性。在这方面，应该指出的是，保有原则似乎首先在西班牙美洲被援引和适用，因为这是第一个见证非殖民化现象的大陆，而非殖民化是要在以前属于一个单一宗主国的领土上形成若干主权国家。然而，该原则并不是一项仅适用于某一特定国际法体系的特殊规则。这是一项一般原则，它与获得独立的现象是有逻辑联系的，无论发生

²¹⁵ 同上，第 338 段。

²¹⁶ 同上，印度的辩诉状，第 295-296 段。印度进一步指出，它对葡萄牙援引的国际公法一般原则的存在没有异议，认为这些原则“在理论和国际生活中发挥着重要作用”，并且“表达了决定其发展的法律、基本情感和思想的基本倾向”。然而，印度认为，“它们只是实在法的一部分，因为它们的适用是通过参照第 38 条所列渊源之一以得证明的”(同上，第 297 段)。印度在其复辩状中补充说，“这些一般原则虽然是从现行的实在法规则中提炼出来的，但它们的基础是实在法。因此，当一项据称的一般原则受到争议时，必须表明那些声称表述该一般原则提供依据的实在法规则，以证明该原则的存在。也不能允许以模糊和笼统的方式表述一般原则，而实质上背离实在法的基本规则，也不能允许通过纯粹的逻辑过程从一般原则中推导出推论，而丝毫不考虑实在法的基本要素”(同上，印度的复辩状，第 571 段。另见第 574 段)。

在哪里。其明显目的是防止新国家的独立和稳定因管理国撤出后对边界的挑战引发的自相残杀的争斗而受到威胁。²¹⁷

分庭还认为，“新的非洲国家尊重殖民国家确定的行政界限和边界，这一情形应被视为不只是有助于逐步形成习惯国际法原则的一种做法(这与此种做法以前对西班牙美洲的影响一样，对非洲大陆的影响有限)，还应被视为在非洲适用一项一般规则”。²¹⁸ 同样，分庭回顾说，非洲领导人的声明、《非洲统一组织宪章》以及1964年非洲国家元首会议第一届会议通过的AGH/Res.16(I)号决议都反映了这一原则。²¹⁹ 分庭还提及“这一原则在西班牙美洲广为人知的适用中的几个不同方面”，并强调“该原则的实质在于其首要目标是在实现独立时确保尊重领土边界”。据分庭称，该原则不仅适用于美洲，而且也适用于争端双方，占领地保有原则是“一项与无论在任何地方发生的这种非殖民化形式都有逻辑联系的一般原则”。²²⁰ 分庭补充说，在国家继承的情况下尊重先前存在的边界的义务“源于国际法的一般规则，无论该规则是否是在占领地保有原则中表达的。因此，对非洲国家独立时存在的边界的无形性作出了无数庄严的断言……它们显然是宣告性的，而不是构成性的：即它们承认和确认一项现有的原则”。²²¹

151. 这一裁定揭示了在国际法体系内形成的一般法律原则的形成过程与习惯国际法规则的形成过程之间的差异。要形成习惯国际法规则，必须有被接受为法律的一般惯例(伴有法律确信)，而要形成一般法律原则，国际社会的“承认”是关键。分庭的推理表明，在作出判决时，未将之视为习惯国际法的一项规则，而是视为一项“与独立现象有逻辑联系”的“一般原则”。据分庭称，这一原则甚至在非洲国家在有关宣言、在《非洲统一组织宪章》以及在AGH/Res.16(I)号决议中明确接受之前，就已适用于非洲国家。有鉴于此，可以得出结论，依法保有原则被确定为一般法律原则，其基础是，可以核实它与独立现象有逻辑联系或内在联系，而独立现象只在国际社会创设的国际法体系的运作中出现。确认这种承认的证据可以在承认该原则存在的国家的态度中找到。²²²

152. 现在，普遍认为保有原则也是习惯国际法的一项规则。因此，该原则可被视为一般法律原则的一个例子，在各国一贯适用之后，额外又获得了习惯国

²¹⁷ 《边界争端，判决书，1986年国际法院案例汇编》，第554页，见第565页，第20段。

²¹⁸ 同上，第21段。

²¹⁹ 同上，第565-566页，第22段。

²²⁰ 同上，第566页，第23段。

²²¹ 同上，第24段。另见第567页，第26段。（“不能仅仅因为1960年马里和布基纳法索实现独立时，后来宣布占领地保有原则的非洲统一组织还不存在，而且上述要求尊重先前存在的边界的决议也只可追溯到1964年，就可以质疑这一原则在本案中的适用性”）。

²²² Giorgio Gaja, “General principles of law”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2013), para. 19 (“《国际法院规约》第38(1)(c)条要求一般法律原则‘为文明各国所承认’。当某一特定原则只是国际法的一部分时，承认该原则将反映国际社会对其采取的态度，因此基本上反映了各国对其采取的态度。换言之，要存在一项原则，各国就必须，哪怕是含蓄地，承认该原则适用于其国际关系”）。

际法的地位。似乎没有什么能阻止一项规范同时成为一般法律原则和习惯国际法规则。²²³

153. 国际法院似乎采用了类似推理的另一个案件是挪威和联合王国之间的渔业案。在确定挪威渔区的某些界线(特别是采用的基线)是否符合有关时期(1935-1951年)的国际法时,法院认定:

这并不意味着,在缺失具有联合王国政府所称技术上精确性质的规则的情况下,挪威政府在1935年进行的划界不受某些原则的约束,而正是这些原则使我们能够根据国际法判断该划界的有效性。海域划界总有国际性的一面;不能仅仅依赖沿海国在其国内法中所表达的意愿。尽管由于只有沿海国才有权实施划界行为,此一行为的确必然是一种单方面行为,但这一划界行为对于其他国家的效力则取决于国际法。

在这方面,领海性质固有的某些基本因素揭示了某些标准,这些标准虽然不完全精确,但可以为法院的裁判提供充分的基础,并在作出裁判时针对所涉各种事实情况而有所调整。²²⁴

154. 基于此,法院提到诸如“领海对陆地领域的密切依赖”、“某些海域与分隔或包围它们的陆地地物之间或多或少存在的密切关系”以及“某一区域特有的某些经济利益”等考虑因素来解决摆在法院面前的问题。²²⁵

155. 在 *Kupreskić* 案中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在考虑到找不到世界所有主要法律体系共有的刑法一般原则后,诉诸于“一项符合国际刑事司法基本特征和基本要求的一般法律原则”。²²⁶ 为了识别这一原则,该分庭认定:

在这方面,鉴于国际刑法的现状,有两个基本要求……变得极为重要。一是关于充分保障被告人权利的要求。另一项要求是检察官以及整个国际法庭须能够行使从《规约》明示或默示获得的或其职能所固有的一切必要权力,为维护司法之利益起见高效履行其使命。²²⁷

156. 关于第一项要求,审判分庭注意到国际刑事规则的“初级状态”,如果审判分庭根据起诉书中未提及的相同事实对具体罪行和任何其他罪行定罪,那么“在这种不断变化的状态下,被告的权利将得不到令人满意的保障”。²²⁸ 审判分庭还认为,这种处理办法违反了《法庭规约》第21条第4(a)款,该款规定,应

²²³ 可能需要指出的是,在后来的一个案子中,萨尔瓦多辩称,保有原则是习惯国际法的一项规则,也是一项一般法律原则。《陆地、岛屿和海上边界争端(厄瓜多尔/洪都拉斯;尼加拉瓜参加),萨尔瓦多的诉状》,第3.4段。萨尔瓦多还指出,该原则适用于“受同一殖民国统治一段时间后而独立的国家间的任何边界划界”(同上)。

²²⁴ 《渔业案,1951年12月18日判决书,1951年国际法院案例汇编》,第116页,见第132-133页。

²²⁵ 同上,第133页。

²²⁶ 《*Kupreskić* 等人,判决书,审判分庭》(见上文脚注56),第738段。

²²⁷ 同上,第739段。

²²⁸ 同上,第740段。

“立即和详细地”通知被告“对其控告的性质和原因”。²²⁹ 关于第二项要求，审判分庭认为：

为了司法利益起见高效履行法庭的职能，基于这个理由可得出结论，即检方任何可能的错误都不应在检方似乎证明案件成立时使用刑事诉讼程序失去效力，而且检方在提出指控方面可能存在的缺陷也不应损害或限制辩方的权利。²³⁰

基于对这两项要求的兼顾，审判分庭为其裁判的目的达成了一系列准则。²³¹

157. 因此，在该案中，一般法律原则似乎是根据国际刑法的“基本特征和基本要求”而识别的。国际社会的“承认”可被认为是从该法律体系的基本特征和要求中推断出来的。

158. 综上所述，可得出结论认为，可通过从国际法体系基本特征和基本要求推断一项原则来识别在国际社会创设的国际法体系内形成的一般法律原则。

三. 与习惯国际法识别方法的区别

159. 如上所述，在国际法委员会和第六委员会内均达成了一项普遍的一致意见，即必须将国际法体系内形成的一般法律原则与习惯国际法区分开来。下文将论述这一问题。

160. 这两个渊源之间的区别首先是基于其识别方法。如上文所述，要存在习惯国际法规则，必须有被接受为法律的一般惯例(伴有法律确信)。而一般法律原则必须得到国际社会的承认。

161. 就属于第二类的一般法律原则而言，承认可能采取的形式已在上文中解释过。关于条约和其他国际文书中广泛承认的原则，似乎存在一些重叠，因为用于核实关于承认的要求的材料也可作为确定是否存在习惯国际法规则的证据。

162. 根据关于习惯国际法的识别的结论 11，在三种情况下，条约规则可能与习惯国际法规则的识别有关：第一，条约规则编纂了一项先已存在的习惯规则，即已有一项被接受为法律的一般惯例，从中产生了一项在缔结条约时先已存在的规则；第二，条约规则导致在条约缔结之前开始出现的习惯国际法规则明确定型，换言之，条约促使被接受为法律接受的实践做法继续，直至出现习惯规则；第三，条约规则导致一项被接受为法律的一般惯例，产生了一项新的习惯国际法规则。

²²⁹ 同上。

²³⁰ 同上。第 741 段。

²³¹ 同上，第 742-743 段。国际法体系的基本特征和基本要求所固有的原则的另一个可能的例子是公海自由，荷兰在 2019 年第六委员会辩论期间提到了这一点(A/C.6/74/SR.31，第 153 段)。

163. 此外，结论 12 解释说，国际组织和政府间会议的决议可为确定一项习惯国际法规则的存在提供证据，或促进其发展。只要决议中某项规定与一项被接受为法律(法律确信)的一般惯例相一致，则该规定可被认为反映一项习惯国际法规则。

164. 在所提到的所有案例中，最终重要的是需要确定有一种被接受为法律的一般惯例(伴有法律确信)，即习惯国际法的两个构成要素。

165. 就属于第二类的一般法律原则而言，不要求证存在一般惯例及其被接受为法律(法律确信)。重要的是通过条约和其他国际文书明确承认一项具有普遍适用范围的法律原则的存在。国际社会承认存在一项具有普遍效力的独立的一般原则，这一点必须从这些文书中推断出来。每个案例都必须在其背景下进行分析，同时考虑到有关文书的案文和谈判各方的意图。

166. 关于作为条约所定国际法和习惯国际法一般规则基础的原则，也应使用不同的方法加以识别。如上所述，这里的处理办法本质上是演绎的。在这方面，不妨回顾，国际法委员会在其关于习惯国际法的识别的结论的评注中指出：

两要素法事实上并未排除演绎法(作为在使用两要素办法时的一种辅助)，特别是在审查以下两种可能的习惯国际法规则时：源自表述更为宽泛的其他规则、以这些规则为背景发挥作用并反映了被接受为法律的一般惯例的规则；或得出结论认为可能的国际法规则构成“不可分割的制度”的一部分。²³²

167. 特别报告员认为，国际法委员会提到的演绎不同于为识别国际法体系内形成的一般法律原则而允许的演绎。必须指出的是，“两要素法”的“演绎尺度”似乎非常窄。在适用“两要素法”时，即在核实有一种被接受为法律的一般惯例(伴有法律确信)时，它只能被“作为一种辅助”而用。

168. 就国际法体系内形成的一般法律原则而言，演绎法不仅限于习惯国际法的一般规则，还包括条约所定法的一般规则。这一演绎并非在核实是否存在一项被接受为法律的一般惯例方面的辅助资料，而是用于确定是否存在一项法律原则的主要标准，该法律原则具有一般性范围，并可能适用于最初未被衍生该法律原则的规则所设想的情况。类似的考虑可能适用于国际法体系的基本特征和基本要求所固有的原则，如上所述，对于这些原则，识别方法也是演绎的。

169. 最后要考虑的一点是属于第二类的一般法律原则的性质。这些原则中至少有一些看起来是宽泛的规范，不一定意味着有任何具体义务以保护其总主旨的方式行事。国际法院在其最近对豁免和刑事诉讼案的判决中提出了这一点，指出：

[《联合国打击跨国组织犯罪公约》]第 4 条提到的不是源于主权平等的习惯国际规则，包括国家豁免，而是主权平等原则本身。第四条仅指国际法的一般原则。第 4(1)条在其通常意义上并没有通过提及主权平等来规定缔约国

²³² 结论 2 的评注第(5)段，A/73/10，见第 126 页。

有义务以符合许多保护一般主权的国际法规则以及这些规则的所有限制条件的方式行事。²³³

170. 这一问题将在今后一份关于一般法律原则职能的报告中更详细地论述。

171. 鉴于上面的讨论，特别报告员建议下列结论草案：

结论草案 7

识别在国际法体系内形成的一般法律原则

为确定在国际法体系内形成的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 一项原则在条约和其他国际文书中得到广泛承认；
- (b) 一项原则是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；或
- (c) 一项原则为国际法体系基本特征和基本要求所固有。

第四部分：确定一般法律原则的辅助资料

172. 《国际法院规约》第 38 条第 1 款(d)项规定：

法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：

.....

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

173. 国际法委员会在其关于习惯国际法的识别的结论中详细论述了必须重视用于确定法律规则的辅助资料的问题。结论 13 案文如下：

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的裁判是确定此类规则的辅助资料。
2. 可酌情考虑国家法院涉及习惯国际法规则的存在及内容的裁判，作为确定此类规则的辅助资料。

174. 对该项结论的评注除其他外进一步解释说，司法裁判的作用是“协助”识别习惯国际法规则，“附属手段”一词是指“此类裁判在解释法律方面的辅助作用，而不是其本身是国际法的渊源(条约、习惯国际法和一般法律原则也是如此)”。²³⁴ 同时，使用这一术语“并不……表示此类裁判对于习惯国际法的识别并不重要”。²³⁵

²³³ 《豁免和刑事诉讼(赤道几内亚诉法国)，初步反对意见，判决书，2018 年国际法院案例汇编》，第 292 页，见第 321 页，第 93 段。

²³⁴ 结论 13 的评注第(1)段，A/73/10，见第 149 页。

²³⁵ 第(2)段，同上。

175. 结论 14 规定:

各国最高水平的国际法学家的学说可以作为确定习惯国际法规则的辅助资料。

176. 评注同样解释说, 教学“本身不是国际法的渊源, 但可以为确定习惯国际法规则的存在和内容提供指导”。²³⁶

177. 特别报告员认为, 就本专题而言, 没有理由偏离上述做法。《规约》第 38 条第 1 款(d)项中的“法律规则”一词在其上下文中明确包括该条款提到的所有三个国际法渊源。因此, 司法判例及权威最高之公法学家学说, 可作为确定一般法律原则之补助资料。

178. 通常依靠司法裁判来确定一般法律原则, 特别是那些源自国家法律体系的原则的存在(或不存在)及其内容。仅举几个例子, 在科孚海峡案中, 国际法院认定, 间接证据的使用除被“所有法律体系”承认外, 还“得到国际裁判的承认”。²³⁷ 在白礁岛案中, 法院同样指出, “本院的判例确认, 提出支持其主张的事实点的一方必须确立这一事实, 这是一项一般法律原则”。²³⁸ 在查戈斯海洋保护区仲裁案中, 仲裁庭指出, “在国际程序中频繁援引[禁止反言原则]增加了对该原则范围的定义”。²³⁹ 在尤科斯案中, 仲裁庭驳回了俄罗斯联邦援引的“干净之手”原则, 特别指出俄罗斯联邦没有提及任何“国际性法院或仲裁庭在国家间或投资者与国家之间的争端中适用‘干净之手’原则的多数裁判”。²⁴⁰

179. 国际法学家的教义也在许多场合被用来识别一般原则。例如, 采用这种辅助资料证明一项原则是世界主要法律体系所共有的。²⁴¹ 学术著作可能对克服各

²³⁶ 结论 14 的评注第(2)段, 同上, 见第 151 页。

²³⁷ 《科孚海峡》(上文脚注 55), 第 18 页。

²³⁸ 《白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属(马来西亚/新加坡)》, 判决书, 2008 年国际法院判案例汇编, 第 12 页, 见第 31 页, 第 45 段。

²³⁹ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, Case No. 2011-03, Award, 18 March 2015, Permanent Court of Arbitration, para. 436. 在某些财产案中, 列支敦士登同样试图参照伊朗-美国索赔法庭的判例法来解释不当得利原则的内容。《某些财产(上文脚注 56), 列支敦士登的诉状》, 第 6.33-6.34 段。

²⁴⁰ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, Permanent Court of Arbitration, para. 1362. 在出入太平洋的谈判义务案中, 国际法院指出, 尽管在有关投资者与国家争端的仲裁裁决中可能提及合法期望, “但不能从这种提及得出结论认为, 一般国际法中存在一项在合法期望基础上产生一项义务的原则”。见《出入太平洋的谈判义务(玻利维亚诉智利)》, 判决书, 2018 年国际法院案例汇编, 第 507 页, 见第 559 页, 第 162 段。

²⁴¹ 例如见 *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, 12 October 1998 (WT/DS58/AB/R), para. 158; 《某些财产(上文脚注 56), 列支敦士登的诉状》, 第 6.10-6.15 段; 《北海大陆架(上文脚注 49), 法官 Ammoun 的个别意见》, 第 140-141 段。《石油平台(上文脚注 85), 西马法官的个别意见》, 第 66-73 段; *Erdemović* (上文脚注 72), 麦克唐纳法官和沃拉法官的联合个别意见, 第 59-60 段; 《黄金储备诉委内瑞拉案》(上文脚注 83), 第 576 段; 《Sea-Land Service 诉伊朗》(见上文脚注 58), 第 60-61 页。

国法律体系比较调查中的语言障碍特别有用。然而，正如国际法委员会在其关于习惯国际法的识别的结论中指出的那样，在借鉴著作时需要谨慎，因为它们对确定国际法规则是否存在的价值可能各不相同。²⁴²

180. 在确定国家法律体系共同原则的存在和内容时，还考虑了其他类型的材料，如公共和私人编纂倡议。例如，一些法庭在可能源自国内合同的原则方面依赖国际私法统一协会(统法协会)的国际商事合同原则，指出这些原则是“反映大多数国家法律体系适用的规则和原则的合同法的一种国际重述”。²⁴³ 同样，为了确定美国法律体系中存在的规则和原则，参考了《合同法重述》(二)、²⁴⁴ 《侵权行为法重述》²⁴⁵ 和《恢复原状法重述》。²⁴⁶

181. 鉴于上面的讨论，特别报告员建议下列结论草案：

结论草案 8

法院和法庭所作裁判

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判是确定此类原则的辅助资料。
2. 可酌情考虑国家法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判，作为确定此类原则的辅助资料。

结论草案 9

学说

各国最高水平的国际法学家的学说可以作为确定一般法律原则的辅助资料。

²⁴² 结论 14 的评注第(2)段，A/73/10，见第 151 页。例如，博格丹指出：“必须牢记，一般法律原则遵循国内法律体系的发展。因此，较旧的比较研究只能谨慎使用，因为它在很大程度上可能已经过时”。见 Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (上文脚注 95)，第 51 页。

²⁴³ 《El Paso 诉阿根廷》(上文脚注 54)，第 623 段。另见《Eureka B.V. 诉波兰共和国，部分裁决，2005 年 8 月 19 日》，第 174 段另见 Jarrod Hepburn, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and investment treaty arbitration: A limited relationship”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64 (2015), pp. 905-934, at pp. 914-915。旨在将公认原则编入国家法律体系的其他文书可能包括经合组织《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》(1997 年 12 月 17 日，巴黎；可查阅：<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>)和联合国贸易和发展会议(贸发会议)促进负责任的主权放款和借款原则》(见 International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law(上文脚注 96), para. 202)。

²⁴⁴ 《Amco 诉印度尼西亚》(见上文脚注 80)，第 266 段。

²⁴⁵ 《石油平台(上文脚注 85)，西马法官的个别意见》，第 68 段。

²⁴⁶ 《某些财产(上文脚注 56)，列支敦士登的诉状》，第 6.12 段。另见 Rudolf B. Schlesinger, “Research on the general principles of law recognized by civilized nations”, *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), pp. 734-753。

第五部分：未来工作方案

182. 根据国际法委员会和第六委员会到目前为止的辩论情况，下一份关于这一专题的报告将讨论一般法律原则的功能及其与其他国际法渊源的关系。

附件

拟议结论草案

结论草案 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 存在一项世界主要法律体系共有的原则；和
- (b) 其移置于国际法体系。

结论草案 5

确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在

1. 要确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在，需要对各国法律体系进行比较分析。
2. 比较分析必须广泛且有代表性，包括世界不同法律族系和区域。
3. 该比较分析包括对国家立法和国家法院所作裁判的评估。

结论草案 6

核实其移置于国际法体系

在下列条件下，世界主要法律体系共有的一项原则移置于国际法体系：

- (a) 该原则符合国际法基本原则；和
- (b) 该原则在国际法体系中适足适用的条件具备。

结论草案 7

识别在国际法体系内形成的一般法律原则

为确定在国际法体系内形成的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 一项原则在条约和其他国际文书中得到广泛承认；
- (b) 一项原则是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；或
- (c) 一项原则为国际法体系基本特征和基本要求所固有。

结论草案 8

法院和法庭所作裁判

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判是确定此类原则的辅助资料。
2. 可酌情考虑国家法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判，作为确定此类原则的辅助资料。

结论草案 9

学说

各国最高水平的国际法学家的学说可以作为确定一般法律原则的辅助资料。

合并的结论草案

结论草案 1

范围

本套结论草案涉及作为国际法渊源之一的一般法律原则。

结论草案 2

承认的要求

一般法律原则须为[国际社会]普遍承认才会存在。

结论草案 3

一般法律原则的类别

一般法律原则包括：

- (a) 源自国家法律体系的原则；
- (b) 国际法体系内形成的原则。

结论草案 4

识别源自国家法律体系的一般法律原则

为确定源自国家法律体系的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 存在一项世界主要法律体系共有的原则；和
- (b) 其移置于国际法体系。

结论草案 5

确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在；

1. 要确定一项世界主要法律体系共有的原则的存在，需要对各国法律体系进行比较分析。
2. 比较分析必须广泛且有代表性，包括世界不同法律族系和区域。
3. 该比较分析包括对国家立法和国家法院所作裁判的评估。

结论草案 6

核实其移置于国际法体系

在下列条件下，世界主要法律体系共有的一项原则移置于国际法体系：

- (a) 该原则符合国际法基本原则；和
- (b) 该原则在国际法体系中适足适用的条件具备。

结论草案 7

识别在国际法体系内形成的一般法律原则

为确定在国际法体系内形成的一般法律原则的存在和内容，有必要核实：

- (a) 一项原则在条约和其他国际文书中得到广泛承认；
- (b) 一项原则是条约所定国际法或习惯国际法的一般规则的基础；或
- (c) 一项原则为国际法体系基本特征和基本要求所固有。

结论草案 8

法院和法庭所作裁判

1. 国际性法院和法庭特别是国际法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判是确定此类原则的辅助资料。
2. 可酌情考虑国家法院涉及一般法律原则的存在及内容的裁判，作为确定此类原则的辅助资料。

结论草案 9

学说

各国最高水平的国际法学家的学说可以作为确定一般法律原则的辅助资料。
