

第四章 一般法律原则

A. 引言

30. 委员会在第七十届会议(2018年)上决定将“一般法律原则”专题列入工作方案,并任命马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生为特别报告员。联大随后在2018年12月22日第73/265号决议第7段中注意到委员会决定将此专题列入工作方案。

31. 委员会在第七十一届会议(2019年)上审议了特别报告员的第一次报告(A/CN.4/732),特别报告员在报告中提出了他处理本专题的范围和成果的方法,以及委员会在工作中应处理的主要问题。经全体会议辩论后,委员会决定将特别报告员第一次报告所载结论草案1至3转交起草委员会。委员会随后注意到起草委员会主席关于起草委员会暂时通过的结论草案1的临时报告,该报告只有英文本,已提交委员会参考。¹¹

32. 也是在第七十一届会议上,委员会请秘书处编写一份备忘录,评述国家间仲裁法庭、具有普遍性质的国际性刑事法院和法庭的判例,以及不同条约,这对委员会今后关于这一专题的工作尤为重要。

33. 委员会在第七十二届会议(2021年)上审议了特别报告员的第二次报告(A/CN.4/741和Corr.1),特别报告员在报告中论述了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上一般法律原则的识别问题。委员会还收到了第七十一届会议要求秘书处提供的备忘录(A/CN.4/742)。经全体会议辩论后,委员会决定将特别报告员第二次报告所载结论草案4至9转交起草委员会。委员会暂时通过了结论草案1、2和4及其评注,并注意到起草委员会报告所载结论草案5。¹²

34. 委员会在第七十三届会议(2022年)上审议了特别报告员的第三次报告(A/CN.4/753),特别报告员在报告中讨论了移植问题、在国际法律体系内形成的一般法律原则和一般法律原则的功能及其与国际法其他渊源的关系。经全体会议辩论后,委员会决定将特别报告员第三次报告所载结论草案10至14转交起草委员会。委员会暂时通过了结论草案3、5和7及其评注,并注意到起草委员会报告所载结论草案6、8、9、10和11。¹³

¹¹ 起草委员会主席的临时报告可查阅国际法委员会工作分析指南:
http://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml。

¹² 《大会正式记录,第七十六届会议,补编第10号》(A/76/10),第169-172段和第238-239段。另见A/CN.4/L.955和Add.1。

¹³ 同上,《第七十七届会议,补编第10号》(A/77/10),第94-149段。另见A/CN.4/L.971。

B. 本届会议审议此专题的情况

35. 委员会本届会议没有收到特别报告员的新报告。起草委员会完成了对委员会先前转交的结论草案的审议，起草委员会已经暂时通过了这些结论草案。¹⁴

36. 在 2023 年 5 月 19 日举行的第 3628 次会议上，委员会收到并审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.982)，并一读通过了关于一般法律原则的结论草案(见下文 C.1 节)。

37. 在 2023 年 7 月 24 日至 26 日举行的第 3643 次至第 3646 次会议上，委员会通过了上述结论草案的评注(见下文 C.2 节)。

38. 在 2023 年 7 月 26 日举行的第 3646 次会议上，委员会根据其《章程》第 16 至第 21 条，决定通过秘书长将结论草案(见下文 C 节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在 2024 年 12 月 1 日之前向秘书长提交此类评论和意见。

39. 在 2023 年 7 月 26 日举行的第 3646 次会议上，委员会向特别报告员马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生深表感谢，由于他的杰出贡献，委员会得以圆满完成对一般法律原则结论草案的一读。

C. 委员会一读暂时通过的关于一般法律原则的结论草案案文

1. 结论草案案文

40. 委员会一读通过的结论草案案文载录如下。

一般法律原则

结论 1

范围

本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。

结论 2

承认

一般法律原则须为各国承认才会存在。

结论 3

一般法律原则的类别

一般法律原则包括：

- (a) 源自国内法律体系的原则；
- (b) 可在国际法律体系内形成的原则。

结论 4

识别源自国内法律体系的一般法律原则

¹⁴ 在第七十三届会议上，起草委员会暂时通过了起草委员会该届会议报告(A/CN.4/L.971)所载结论草案 1 至 11 的合并案文。

要确定源自国内法律体系的一般法律原则的存在及内容，有必要查明：

- (a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；并且
- (b) 其被移植到国际法律体系内。

结论 5

确定一项世界各法律体系共有的原则的存在

1. 要确定一项世界各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，包括世界不同区域。
3. 比较分析包括对国内法和国内法院所作决定以及其他相关材料的评估。

结论 6

确定被移植到国际法律体系内

一项世界各法律体系共有的原则在与国际法律体系相容的限度内，可移植到该体系内。

结论 7

识别在国际法律体系内形成的一般法律原则

1. 要确定可能在国际法律体系内形成的一般法律原则的存在及内容，有必要查明各国已承认该原则是国际法律体系固有的原则。
2. 第 1 段不影响可能存在着国际法律体系内形成的其他一般法律原则的问题。

结论 8

法院和法庭的决定

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决定是确定此类原则的辅助手段。
2. 可酌情考虑将各国法院涉及一般法律原则的存在及内容的决定用作确定此类原则的辅助手段。

结论 9

学说

各国权威最高的公法学家学说可用作确定一般法律原则的辅助手段。

结论 10

一般法律原则的功能

1. 主要当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，求助于一般法律原则。
2. 一般法律原则有利于国际法律体系的一致性。一般法律原则尤其可具有以下功能：

- (a) 用以解释和补充其他国际法规则；

(b) 用作主要权利和义务的依据，以及用作次要和程序性规则的依据。

结论 11

一般法律原则与条约和习惯国际法的关系

1. 作为国际法渊源的一般法律原则与条约和习惯国际法不存在位阶关系。
2. 一般法律原则可与条约或习惯国际法中具有相同或类似内容的规则并行存在。
3. 对于一般法律原则与条约或习惯国际法中的规则之间的任何冲突，应适用国际法中公认的解释方法和冲突解决方法予以解决。

2. 结论草案案文及其评注

41. 委员会第七十四届会议一读通过的结论草案案文及其评注载录如下。

一般法律原则

结论 1

范围

本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。

评注

(1) 结论草案 1 是介绍性的，规定本结论草案涉及作为国际法渊源的一般法律原则。本结论草案通篇使用“一般法律原则”这一表述，指的是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所列的“文明各国所承认的一般法律原则”，并结合国家实践、法院和法庭的判例以及学说进行了分析。¹⁵

(2) 结论草案 1 重申，一般法律原则是国际法的渊源之一。一般法律原则与条约和习惯国际法一起被列入《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项，作为法院在裁判向其提交的争端时应适用的“国际法”的一部分，从而确认了一般法律原则的法律性质。该项规定的前身是《常设国际法院规约》第三十八条第三款，是 1920 年在国际联盟内部，特别是国际联盟理事会设立的法学家咨询委员会进行长时间讨论的结果，该委员会试图对《规约》通过之前存在的惯例进行编纂。自此之后，作为国际法渊源的一般法律原则在包括双边和多边条约在内的国家实践中以及在不同的法院和法庭的决定中被提及。¹⁶

(3) “国际法渊源”一词是指一般法律原则形成的法律过程和形式。结论草案旨在澄清一般法律原则的范围、识别方法、功能及其与其他国际法渊源的关系。

¹⁵ 考虑到近来的国家实践和判例，结论草案 1 的法文和西班牙文本分别用“*principes généraux du droit*”和“*principios generales del derecho*”。有一项理解，即使用“*du droit*”和“*del derecho*”既不改变也不暗示改变《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的实质内容。

¹⁶ 例如见 A/CN.4/732(特别报告员的第一次报告)和 A/CN.4/742(秘书处的备忘录)。

结论 2

承认

一般法律原则须为各国承认才会存在。

评注

(1) 结论草案 2 重申了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的一个基本要素，即一项一般法律原则要存在，就必须得到各国的“承认”。

(2) 承认作为形成一般法律原则的基本条件，广泛存在于国家实践、法院和法庭的判例以及学说中。这意味着，要确定一项一般法律原则在某一特定时间点是否存在，有必要审查所有可获得的证据，证明该原则已得到承认。用来进行这一确定工作的具体标准是客观的，将在随后的结论草案中制定。

(3) 结论草案 2 用“各国”(community of nations)一词取代《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项中的“文明各国”(civilized nations)一词，因为后者已不合时宜。¹⁷ “各国”(community of nations)一词见于《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款，该条约有 173 个缔约国，因此得到广泛接受。¹⁸ 结论草案 2 的不同语文版本复制了该公约各作准文本中使用的表述。例如，法文本使用了“l'ensemble des nations”，西班牙文本使用了“comunidad internacional”的表述。本条结论草案采用这一措辞，目的是强调所有国家根据《联合国宪章》第二条第一款规定的主权平等原则，平等地参加一般法律原则的形成过程，没有任何区别。

(4) 使用“各国”一词并不是为了修改《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的范围或内容。具体而言，这个词并不试图表明一项一般法律原则需要得到统一或集体承认，也不表明一般法律原则只能在国际法律体系内产生。此外，“各国”一词不应与《维也纳条约法公约》关于一般国际法强制性规范(强行法)的第五十三条中的“国际社会全体”¹⁹ 相混淆。

(5) 使用“各国”一词并不排除在某些情况下，国际组织也可能促进一般法律原则的形成。

结论 3

一般法律原则的类别

一般法律原则包括：

(a) 源自国内法律体系的原则；

¹⁷ 考虑的其他说法包括“States”(各个国家)、“community of States”(国家共同体)、“the international community”(国际社会)、“nations”(不同国家)、“nation States”(民族国家)和“nations as a whole”(全体国家)。

¹⁸ 该款规定：“任何人之行为或不行为，于发生当时依各国公认之一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受本条规定之影响。”《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。见联合国，《多边条约现状》，第四章第 4 节。

¹⁹ 《维也纳条约法公约》(1969 年 5 月 23 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

(b) 可在国际法律体系内形成的原则。

评注

(1) 结论草案 3 述及《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的两个类别。使用“类别”一词，以表示一般法律原则依其起源及进而可能产生的过程而分为两类。本条结论草案的(a)分段使用了“源自”一语，相比之下，(b)分段则使用了“可……形成”一语。“可……形成”一语被认为是适当的，以便为这项规定引入一定程度的灵活性，同时承认对于是否存在第二类一般法律原则仍有争议。

(2) 本条结论草案(a)分段提到源自国内法律体系的一般法律原则。《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则包括源自国内法律体系的一般法律原则，这一点已在法院和法庭的判例²⁰ 以及学说²¹ 中得到确立，并在

²⁰ 例如见 the *Fabiani case* (1896) (in H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794–1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Berlin, Stämpfli, 1902), p. 356); 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 445 页; 国际法院, 科孚海峡案, 1949 年 4 月 9 日判决, 《1949 年国际法院案例汇编》, 第 4 页起, 见第 18 页; 国际法院, 西南非洲案(第二阶段), 判决, 《1966 年国际法院案例汇编》, 第 6 页, 第 88 段; 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; 国际法院, 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案, 判决, 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页起, 见第 38 页, 第 50 段; Iran-United States Claims Tribunal, *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Award No. 135-33-1, 20 June 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 6, pp. 149 *et seq.*, at p. 168; Iran-United States Claims Tribunal, *Questech, Inc. v. Iran*, Award No. 191-59-1, 25 September 1985, IUSCTR, vol. 9, pp. 107 *et seq.*, at p. 122; Inter-American Court of Human Rights, *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment (Reparations and Costs), 10 September 1993, Series C, No. 15, para. 50; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Duško Tadić*, No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, Appeals Chamber, para. 225; *Prosecutor v. Zejnir Delalić et al.*, No. IT-96-21-A, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber, para. 179; World Trade Organization, Appellate Body, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, Appellate Body Report, 14 January 2002 (WT/DS108/AB/RW), paras. 142–143; Germany, Constitutional Court, Judgment, 4 September 2004 (2 BvR 1475/07), para. 20; 常设仲裁法院, 关于苏丹政府与苏丹人民解放运动/解放军之间阿卜耶伊地区划界的仲裁裁决, 案件编号 2008-7, 裁决, 2009 年 7 月 22 日, 《国际仲裁裁决汇编》, 第三十卷, 第 145-416 页, 见第 299 页, 第 401 段; International Centre for Settlement of Investment Disputes, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 622; Philippines, Supreme Court, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, Decision of 8 March 2016 (G.R. No. 221697; G.R. Nos. 221698-700), pp. 19 and 21.

²¹ 例如见 B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), p. 25; G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), pp. 188–189; J. A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), pp. 11–41, at pp. 30–31; R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9th ed. (Longman, 1996), pp. 36–37; S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), pp. 472–498, at p. 487; P. Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules”, in M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pp. 47–59, at p. 48; A. Pellet and D. Müller, “Article 38”, in A. Zimmermann *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 925.

《规约》的准备工作文件²²中得到确认。结论草案 4 至 6 更详细地论述了识别这些一般法律原则的方法。

(3) 结论草案 3(b)分段提到可在国际法律体系内形成的一般法律原则。《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的这一类别的存在, 似乎在法院和法庭的判例²³ 以及在学说²⁴ 中得到了支持。然而, 一些委员认为第三十八条第一款(寅)项并不包含第二类一般法律原则, 或者至少对其作为国际法

²² 常设国际法院, 法学家咨询委员会, 《委员会议事录, 1920 年 6 月 16 日至 7 月 24 日》(1920 年, 海牙, Van Langenhuysen Bros.), 第 331-336 页。

²³ 例如见国际法院, 科孚海峡案(见上文脚注 20), 第 22 页; 国际法院, 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留, 咨询意见, 《1951 年国际法院案例汇编》, 第 15 页起, 见第 23 页; 国际法院, 1943 年从罗马运走的货币黄金案(初步问题), 1954 年 6 月 15 日的判决, 《1954 年国际法院案例汇编》, 第 19 页起, 见第 32 页; 国际法院, 边界争端案, 判决, 《1986 年国际法院案例汇编》, 第 554 页起, 见第 565 页, 第 20-21 段; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, No. IT-95-17/1-T, Judgment, Trial Chamber, 10 December 1998 (IT-95-17/1-T), para. 183; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, No. IT-95-16-T, Judgment, Trial Chamber, 14 January 2000, para. 738.

²⁴ 例如见 D. Anzilotti, *Cours de droit international* (Editions Panthéon-Assas, 1929/1999), p. 117; L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit International: Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958), p. 286; P. Reuter, *Principes de droit international public, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 103 (1961), pp. 425–656, at pp. 466-467; J.G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, in F. Kalshoven, P.J. Kuyper and J.G. Lammers (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aa den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980), pp. 53–75, at p. 67; O. Schachter, “International law in theory and practice: general course in public international law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 178 (1982), pp. 9–396, at pp. 75, 79–80; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit* (Geneva/Paris, Presse Universitaire de France, 2000), pp. 56–57; R. Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”, in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. IV (entry updated in 2010; Oxford, Oxford University Press, 2012), para. 28; M. Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18th ed. (Madrid, Tecnos, 2013), pp. 126-127; A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 3rd rev. ed. (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2013), pp. 55-86; B. I. Bonafé and P. Palchetti, “Relying on general principles of law”, in C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2016), pp. 160–176, at p. 162; R. Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: the approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3. (2017), pp. 269-325, at p. 275, and 291-310; M. Fitzmaurice, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: the journey from the past to the present”, in S. Besson, J. d’Aspremont and S. Knuchel (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), p. 193; A. Yusuf, “Concluding remarks”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (footnote 21 above), p. 450; P. Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2020), pp. 35-42; F. Francioni, “Custom and general principles of international cultural heritage law”, in F. Francioni and A. F. Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford, Oxford University Press, 2020), pp. 531–550, at pp. 541-544; G. Gaja, “General principles of law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2020), paras. 17–20; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles*, 2nd ed. (Cheltenham, Edward Elgar, 2023), pp. 125-126.

的一个自主渊源的存在持怀疑态度。²⁵ 关于在国际法律体系内形成的一般法律原则的更多方面的解释载于结论草案 7 的评注。

结论 4

识别源自国内法律体系的一般法律原则

要确定源自国内法律体系的一般法律原则的存在及内容，有必要查明：

- (a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；并且
- (b) 其被移植到国际法律体系内。

评注

(1) 结论草案 4 述及识别源自国内法律体系的一般法律原则的要求。其中规定，为确定一项一般法律原则的存在和内容，有必要查明：(a) 存在一项世界各法律体系共有的原则；并且(b) 该原则被移植到国际法律体系内。

(2) 这个两步骤分析法在实践和文献中被广泛接受，这种分析的目的是表明一项一般法律原则得到了《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的“承认”。这是一种客观的方法，所有负责这方面工作的人都可用来确定某一般法律原则在某一具体时间点是否存在，以及该一般法律原则的内容是什么。

(3) (a)分段提出了识别的第一项要求，即查明是否存在一项世界各法律体系共有的原则。这项工作本质上是归纳性的，对说明一项法律原则已得到各国的普遍承认是有必要的。使用“世界各法律体系”一语的目的是强调一项要求：某一原则必须广泛存在于世界各法律体系中。这个说法兼容并蓄，涵盖了世界上各种各样的国内法律体系。这一要求在结论草案 5 中得到进一步阐述。

(4) (b)分段提出了识别的第二项要求，即查明为世界各法律体系共有的原则被移植到国际法律体系中的情况。这一要求在结论草案 6 中得到进一步阐述，对表明一项原则不仅在各国国内法律体系中得到承认，而且也被承认为适用于国际法律体系是必要的。

(5) (b)分段使用“被移植”一词，可理解为一个过程，通过此过程确定各法律体系的一项共有原则是否可以在国际法律体系中适用、在何种程度上适用以及如何适用。使用该词并不意味着需要正式的或明示的移植行为。

(6) 有时在此种语境中使用“可移植”一词，但与“可移植”相比，“被移植”更为可取。“被移植”必然包含“可移植”；后者是指通过(a)分段所述程序识别的一项原则是否可在国际法律体系中适用，但并不涵盖查明移植情况的整个过程。

(7) 由于国际法律体系和国内法律体系之间存在差异，通过(a)分段所述程序识别的一项原则或一项原则的某些要素可能不适合在国际法律体系中适用。因此，“被移植”包含一种可能性，即通过这个两步骤分析法识别的一般法律原则的内容可能与各国法律体系中的原则并不完全相同。

²⁵ 一些作者认为，一般法律原则仅限于源自国内法律体系的原则。

结论 5

确定一项世界各法律体系共有的原则的存在

1. 要确定一项世界各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，包括世界不同区域。
3. 比较分析包括对国内法和国内法院所作决定以及其他相关材料的评估。

评注

(1) 结论草案 5 涉及结论草案 4 所述的识别源自国内法律体系的一般法律原则的两步骤方法的第一步，即确定一项世界各法律体系共有的原则的存在。结论草案第 1 段规定，为确定这一原则的存在，需要进行比较分析。第 2 段对比较分析作了描述，指出比较分析必须广泛且有代表性，包括世界不同区域。第 3 段解释为了本方法的目的哪些材料是相关材料。

(2) 结论草案 5 第 1 段指出，需要“对各国法律体系进行比较分析”，以确定一项世界各法律体系共有的原则的存在。这一提法所依据的是实践和文献中的一般做法，即对各国法律体系进行评估和比较，以确定一项法律原则是各国共有的。结论草案中提到的“比较分析”并不要求采用比较法领域现有的特定方法。虽然这些方法可能在适当情况下提供一些指导，但在实践中通常会保持一定程度的灵活性。与结论草案 5 的目的相关的是，须在各国法律体系中发现共同点。²⁶

(3) 结论草案 5 没有具体说明世界各法律体系“共有”的法律原则的含义。委员会认为，源自国内法律体系的一般法律原则的内容和范围可能各不相同，因此在这方面不宜作出过强的规定，从而能够进行逐案分析。在许多情况下，比较分析的结果可能是确定存在一项一般性和抽象性的法律原则。²⁷ 然而，在其他情况下，比较分析可能导致查明更有具体性或特定性的法律原则。²⁸

(4) 结论草案 5 第 2 段指出，为确定是否存在一项世界各法律体系共有的原则而进行的比较分析必须“广泛且有代表性，包括世界不同区域”。这一描述旨在澄清，虽然没有必要逐一评估世界上每一个法律体系来识别一般法律原则，但比较分析必须足够全面，以按照各国主权平等原则将各国的法律体系纳入考虑。用上“世界不同区域”一词是为了强调，仅仅表明某一法律原则存在于代表某些法系(如大陆法系、普通法系和伊斯兰法系)的法律体系中是不够的，也必须表明该原

²⁶ 例如见 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Furundžija* (上文脚注 23), para. 178; and *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgment, Trial Chamber, 22 February 2001, para. 439.

²⁷ 在实践和文献中经常提到的一项可被认为具有一般性和抽象性的一般法律原则是善意原则。

²⁸ 在实践中得到过援引或适用并可(譬如因为提出了确切的适用条件而)被视为更有特定性的一般法律原则的例子，包括既判力原则和未决诉讼原则，以及律师与委托人保密权。分别见国际法院，*尼加拉瓜和哥伦比亚距尼加拉瓜海岸 200 海里以外大陆架划界问题案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)*，初步反对意见，判决，《2016 年国际法院案例汇编》，第 100 页起，见第 125-126 页，第 58-61 段；国际常设法院，*德国在波兰上西里西亚的某些权益案*，判决，1925 年 8 月 25 日，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 6 号，第 5 页及以下各页，见第 20 页；国际法院，*收缴和扣押某些文件和数据的问题案(东帝汶诉澳大利亚)*，临时措施，2014 年 3 月 3 日的命令，《2014 年国际法院案例汇编》，第 147 页起，见第 152-153 页，第 24-28 段。

则已在世界各区域得到广泛承认²⁹，或正如国际法院在巴塞罗那电车公司案中所指出的，一项原则已“为各国内法律体系所普遍接受”³⁰。

²⁹ 可以认为进行了广泛和有代表性的比较分析的国家实践的例子包括：国际法院，穿越印度领土的通行权案(实质问题)，1960年4月12日的判决：《1960年国际法院案例汇编》，第6页，葡萄牙就印度的初步反对意见提出的意见和陈述，附件20，第714-752页，以及葡萄牙的答复，附件194，第858-861页(包括了下列国家的法律体系：阿根廷、澳大利亚、奥地利、比利时、多民族玻利维亚国、巴西、保加利亚、加拿大、智利、中国、哥伦比亚、哥斯达黎加、古巴、丹麦、多米尼加共和国、厄瓜多尔、埃及、萨尔瓦多、法国、德国、加纳、希腊、危地马拉、海地、洪都拉斯、印度、印度尼西亚、爱尔兰、意大利、日本、墨西哥、缅甸、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、挪威、巴基斯坦、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、菲律宾、波兰、葡萄牙、大韩民国、沙特阿拉伯、南非、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、土耳其、美利坚合众国、乌拉圭、委内瑞拉玻利瓦尔共和国、也门和赞比亚、捷克斯洛伐克和苏联)；国际法院，瑙鲁境内某些磷酸盐地案(瑙鲁诉澳大利亚)，初步反对意见，判决，《1992年国际法院案例汇编》，第240页，瑙鲁诉状，附录3(包括了下列国家的法律体系：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)；国际法院，收缴和扣押某些文件和数据的问题案(东帝汶诉澳大利亚)(见上文脚注28)，东帝汶诉状，附件22至24(包括了下列国家的法律体系：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、联合王国和美国以及欧洲联盟和中国香港)和澳大利亚的辩诉状，附件51(涵盖下列国家的法律体系：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)。类似的例子见于判例。例如见 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Delalić*, Appeals Chamber (见上文脚注20), paras. 584-589 (澳大利亚、巴哈马、巴巴多斯、克罗地亚、德国、意大利、日本、俄罗斯联邦、新加坡、南非、土耳其、美国、英格兰、苏格兰和前南斯拉夫，以及中国香港)； International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Pavle Strugar*, No. IT-01-42-A, Judgment, Appeals Chamber, 17 July 2008, paras. 52-54 (澳大利亚、奥地利、比利时、波斯尼亚和黑塞哥维那、加拿大、智利、克罗地亚、德国、印度、日本、马来西亚、黑山、荷兰、大韩民国、俄罗斯联邦、塞尔维亚、联合王国和美国)； International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT-96-22-A, Judgment, 7 October 1997, para. 19, referring to the Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, paras. 59-65 (澳大利亚、比利时、加拿大、智利、中国、埃塞俄比亚、芬兰、法国、德国、印度、意大利、日本、马来西亚、墨西哥、摩洛哥、荷兰、尼加拉瓜、尼日利亚、挪威、巴拿马、波兰、索马里、南非、西班牙、瑞典、委内瑞拉玻利瓦尔共和国和英格兰，以及前南斯拉夫)； *Furundžija* (见上文脚注23), para. 180 (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，以及英格兰和威尔士、前南斯拉夫和新南威尔士州(澳大利亚))； *Kunarac* (见上文脚注26), paras. 437-460 (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)。

³⁰ 巴塞罗那电车公司案(见上文脚注20)，第38页，第50段。另见 *Mary Grace Natividad S. Poel-llamanzares v. COMELEC* (上文脚注20), pp. 19 and 21； *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (上文脚注20), para. 622； 国际法院，艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)，实质问题，判决，《2010年国际法院案例汇编》，第639页起，见第675页，第104段；阿卜耶伊地区仲裁裁决(上文脚注20)，第299页，第401段； Germany, Constitutional Court, Judgment, 4 September 2004 (上文脚注20), para. 20； *Kunarac* (见上文脚注26), para. 439； *Delalić*, Appeals Chamber (上文脚注20), para. 179； *Tadić* (上文脚注20), para. 225； International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 46； International Criminal Tribunal for the Former

(5) 结论草案 5 第 3 段提供了进一步的指导，以非详尽无遗的方式列出了对国内法律体系进行比较分析时可以依靠的渊源。对“国内法”和“国内法院所作决定”这两个术语应作广义的理解，涵盖国内法律体系中可能与识别一般法律原则有关的所有材料，如宪法、立法、法令和条例，以及不同级别和管辖权的国内法院、包括宪法法院或法庭、最高法院、最高上诉法院、上诉法院、初审法院和行政法庭的决定。列入“以及其他相关材料”一语是为了不排除可能也相关的国内法律体系的其他渊源，如习惯法或学说。

(6) 在编写结论草案 5 第 3 段时，委员会铭记各国的法律体系不尽相同，必须在考虑到其自身特点的情况下，根据其自身的背景对每一种法律体系进行分析。例如，在某些法律体系中，国内法院的决定可能更适合于确定一项法律原则的存在，而在另一些法律体系中，成文法典和学说可能占主导地位。委员会还一致认为，国内法的所有分支，既包括私法也包括公法，都可能与源自国内法律体系的一般法律原则的识别相关。³¹

(7) 应当重点指出，确定存在一项世界各法律体系共有的原则，这不足以确定《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的存在和内容。正如结论草案 4 所指出的，还需要查明上述原则是否已经被移植到国际法律体系内。结论草案 6 述及了方法的第二步。

结论 6

确定被移植到国际法律体系内

一项世界各法律体系共有的原则在与国际法律体系相容的限度内，可移植到该体系内。

评注

(1) 结论草案 6 涉及确定一项世界各法律体系共有的原则被移植到国际法律体系内。结论草案指出，此类原则在与国际法律体系相容的限度内，可移植到该体系

Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, No. IT-96-21-T, Decision on the motion to allow witnesses K, L and M to give their testimony by means of video-link conference, Trial Chamber, 28 May 1997, paras. 7–8; *Aloeboetoe et al. v. Suriname* (上文脚注 20), para. 62; *Questech* (上文脚注 20), p. 122; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (上文脚注 20), p. 168; 科孚海峡案(上文脚注 20), 第 18 页; *Fabiani case* (上文脚注 20), p. 356; and the *Queen case between Brazil, Norway and Sweden (1871)* (reproduced in La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794–1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (上文脚注 20)), p. 155.

³¹ 例如见尼加拉瓜和哥伦比亚大陆架划界问题案(上文脚注 28), 第 125 页, 第 58 段(适用源自民事诉讼程序的既判力原则); 巴塞罗那电车公司案(上文脚注 20), 第 38 页, 第 50 段(适用源自公司法的公司与股东分离原则); *United States - Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”* (上文脚注 20), para. 143 (适用源自税法的非居民征税原则); *Questech* (见上文脚注 20), p. 122 (适用源自合同法的情势不变原则); *Sea-Land Service* (上文脚注 20), p. 168 (适用源自民法或债务法的不当得利原则); *Furundžija* (见上文脚注 23), paras. 178-182, 以及 *Kunarac* (见上文脚注 26), paras. 439-460 (适用源自刑法的“强奸”定义); *Aloeboetoe v. Suriname* (上文脚注 20), para. 62 (适用源自遗产或继承法的为赔偿目的继承的原则); *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (上文脚注 20), p. 21 (适用源自国籍法的弃儿国籍原则)。另见 *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (上文脚注 20), para. 622 (“‘一般原则’是主要适用于国内法院的、私人或公共的实质性或程序性事项的规则”); 西南非洲案(第二阶段)(上文脚注 20), 田中法官的反对意见, 第 250 页起, 见第 294 页(“只要‘一般法律原则’没有限定, ‘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”)。

内。应当回顾，结论草案 4 明确规定，确定被移植是查明源自国内法律体系的一般法律原则的存在和内容的第二项要求。

(2) 结论草案 6 指出，一项世界各法律体系共有的原则“可”移植到国际法律体系内。“可”一词用于强调移植不是自动发生的。

(3) 确定被移植的相关检验标准是，必须证明世界各法律体系共有的这项原则与国际法律体系“相容”。这一相容性检验标准的底层逻辑在于，国际法律体系和国内法律体系具有不容忽视的不同结构和特点。世界各法律体系可能共有的原则，首先是为了满足特定社会的需要并在特定法律体系内适用，由于上述的体系间差异，这些原则不一定能够在国际一级运作。

(4) 适用于国内法院的原则在存在适用条件的情况下适合在国际法律体系的框架内适用，可视为与国际法律体系相容。³²

(5) 在这方面常提到的例子是诉诸法院的权利，各国法律体系中均存在这一权利。这一权利不可能移植到国际性法院和法庭中，因为与国际法中同意管辖的基本原则不相容，而后者是国际性法院和法庭的结构基础和运作基础。移植诉诸法院的权利不仅会导致直接违反同意管辖原则，而且由于缺乏适用条件，即缺乏一个对解决争端具有普遍和强制管辖权的司法机构，这项权利也无法在国际一级施行。

(6) 结论草案 6 指出，一项世界各法律体系共有的原则只有在与国际法律体系相容的“限度内”才可移植。使用这个词语(“限度内”)意在强调，在确定被移植

³² 例如，在北大西洋海岸渔业案中，仲裁庭不支持“国际地役”原则，认为该原则与主权原则并不相容，北大西洋海岸渔业案(英国，美国)，1910 年 9 月 7 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第十一卷，第 167-226 页，见第 182 页。在北海大陆架案中，国际法院驳不支持德国作为一项一般法律原则援引的“公证和公平份额原则”，指出这一主张“与大陆架权利的基本概念格格不入，并不一致”。北海大陆架案，判决，《1969 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 21 至 23 页，第 17 段和第 19-20 段。在 Tadić 案中，对于法庭必须依法设立的原则，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭认为“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……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。”考虑多项人权公约和人权机构的决定后，上诉分庭认为“依法设立”意指“依照法治”。*Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, paras. 43-45.* 在 Delalić 等人案中，前南斯拉夫问题国际刑事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，独立于国内法律体系的存在。……因为国内和国际刑事司法体系关于行为入罪的方法不同”。因此，审判分庭认为“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内法律体系。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内刑法的基本假设。”*Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., Case No. IT-96-21-T Judgment, 16 November 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, paras. 403 and 405.*

时存在一定程度的灵活性。如上文结论草案 4 的评注所述：如果该原则只有一部分与国际法律体系相容，则只可在该范围内加以移植。³³

(7) 结论草案 6 必须与结论草案 2 一并解读，后者指出，一项一般法律原则要存在，就必须得到各国的承认。因此，必须要有对一项世界各法律体系共有的原则移植到了国际法律体系内的承认。在这方面，当满足相容性检验标准时，就隐含着承认。换言之，如果一项世界各法律体系所共有的原则在适用该原则的条件存在时宜于适用，则可以推断各国已承认该原则得到了移植。一般法律原则的出现并不需要正式的移植行为。

结论 7

识别在国际法律体系内形成的一般法律原则

1. 要确定可能在国际法律体系内形成的一般法律原则的存在及内容，有必要查明各国已承认该原则是国际法律体系固有的原则。
2. 第 1 段不影响可能存在着国际法律体系内形成的其他一般法律原则的问题。

评注

(1) 结论草案 7 述及在国际法律体系内形成的一般法律原则的识别。³⁴

(2) 结论草案 7 第 1 段规定，要确定可在国际法律体系内形成的一般法律原则的存在及内容，有必要查明各国已承认该原则是国际法律体系固有的原则。委员会认为，这类一般法律原则的存在有若干理据。第一，司法实践和国家实践中有一些例子似乎支持这些一般法律原则的存在。第二，国际法律体系同任何其他法律体系一样，必须能够产生其特有的一般法律原则，而不只是从其他法律体系借用一般法律原则。第三，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项的案文或其起草历史并未将一般法律原则限定为源自国内法律体系的原则。

(3) 关于识别在国际法律体系内形成的一般法律原则的方法，委员会认为，该方法类似于上文结论草案 4 至结论草案 6 所述的适用于识别源自国内法律体系的一般法律原则的方法。对这两类一般法律原则，都首先要对现有规范进行归纳分析。就第一类原则而言，要对世界各法律体系中的现有规则进行比较分析，以确定一项各法律体系共有的原则的存在。对于第二类原则，则需要分析国际法律体

³³ 由于国际和国内法律体系之间的差异，有时一项各法律体系共有的原则只有某些方面可移植到国际法律体系内。移植的结果是，在国际环境中适用的一般法律原则的内容可能不完全等同于相关国内法律原则的内容。例如见 *Tadić* (上文脚注 20), paras. 41-45; *Delalić* (上文脚注 32), paras. 403-405; *Furundžija* (上文脚注 23), para. 178; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (上文脚注 20), para. 622; 国际法院, 1995 年 9 月 13 日《临时协议》的适用案(前南斯拉夫的马其顿共和国诉希腊), 2011 年 12 月 5 日判决, 《2011 年国际法院案例汇编》, 第 695 页, 辛马法官的个别意见, 第 13 段。在这方面, 有意见指出, 国内法院适用的原则不能“完全照搬”地进行移植(国际法院, 西南非洲的国际地位, 咨询意见, 《1950 年国际法院案例汇编》, 第 128 页, 麦克奈尔法官的个别意见, 第 146 页起, 见第 148 页)。

³⁴ 委员会委员在委员会辩论期间提到的例子包括各国主权平等原则、领土完整原则、依法保有原则、不干涉他国内政原则、同意国际性法院和法庭管辖权的原则、基本的人道考虑、尊重人的尊严、纽伦堡原则和国际环境法的各项原则。(见《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》(《纽伦堡原则》), 载于《1950 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 374 页, 第 96 段。)

系中的现有规则，以找到这些规则中反映的或作为其基础的、具有独立地位的原则。分析时必须考虑到有关原则得到各国承认的所有现有证据，例如反映该原则的国际文书、国际组织或政府间会议通过的决议以及各国发表的声明。第(6)至第(10)段提到能说明这一方法各个方面的法院和法庭决定。

(4) 对这两类一般法律原则而言，这一方法都是演绎性的。对于源自国内法律体系的一般法律原则，必须确定它们与国际法律体系是否相容；而对于在国际法律体系内形成的一般原则，必须证明这种原则是该体系所固有的。“固有”一词是指该原则是国际法律体系所特有的，反映并规范着国际法律体系的基本特征。

(5) 基于国际法律体系的基本特征，同意管辖原则可被视为各国承认的一项国际法律体系固有的一般原则。这是主权国家平等原则的结果，也是国际一级不存在一个对任何所提交争端具有普遍和强制管辖权的司法机构的结果。这一原则启发了各种国际文书并反映在其内容当中，法院和法庭的决定中也常有提及。³⁵

(6) 占领地保有原则当适用条件得到满足时，可视为得到各国承认的另一项国际法律体系固有的一般原则。在边界争端案(布基纳法索/马里)中，国际法院的一个分庭提及该原则是与独立现象有逻辑联系的一般原则，已得到各国庄严声明的承认和确认。该分庭指出：

应当指出，占领地保有原则似首先在西属美洲被援引和适用，因为该大陆最先经历了非殖民化现象，在以前属于单一宗主国的领土上形成了若干主权国家。然而，该原则并非仅适用于某一特定国际法体系的特别规则。这是一项一般原则，与获得独立的现象是有逻辑联系的，无论该现象发生在哪里。其明显目的是防止管理国撤出后的边界争议引发同族争斗而威胁新国家的独立和稳定。³⁶

(7) 该分庭还认为，“新非洲国家尊重殖民国家确立的行政边界和疆界，这一事实不能仅仅被视为有助于逐渐形成一项习惯国际法原则的一种做法，与此种做法以前对西班牙语美洲的影响一样，对非洲大陆的影响有限，而应被视为一项一般规则在非洲的适用”。³⁷ 该分庭还回顾，非洲领导人的声明、《非洲统一组织宪章》和 1964 年非洲国家元首会议第一届会议通过的 AGH/Res.16(I)号决议都反映了这项原则。³⁸ 该分庭还指出，在发生国家继承时尊重原已存在的国际边界的义务“源于国际法的一般规则，不论该规则是否以占领地保有方式表述。因此，关于非洲国家独立时原已存在无形边界的众多庄严声明……显然是宣示性的而非构成性的：这些声明承认并确认了一项现有原则”。³⁹ 因此，被认为与获

³⁵ 例如见货币黄金案(上文脚注 23)，第 32 页(“未经阿尔巴尼亚同意而就阿尔巴尼亚的国际责任作出裁决将违反《国际法院规约》所载的国际法既定原则，即国际法院只有在一国同意的情况下才能对该国行使管辖权”)；国际法院，陆地、岛屿和海上边界争端案(萨尔瓦多/洪都拉斯)，申请允许参加，判决，《1990 年国际法院案例汇编》，第 92 页起，见第 132-133 页，第 94 段。

³⁶ 边界争端案(见上文脚注 23)，第 565 页，第 20 段。

³⁷ 同上，第 21 段。关于习惯国际法与一般法律原则之间的关系，见下文结论草案 11。

³⁸ 同上，第 565-566 页，第 22 段。

³⁹ 同上，第 24 段。另见第 567 页，第 26 段(“不能仅因为在马里和布基纳法索实现独立的 1960 年，后来宣布占领地保有原则的非洲统一组织还未成立，而且呼吁尊重原已存在边界的上述决议 1964 年才通过，就质疑这一原则在本案中的适用性”)。

得独立现象有逻辑联系的占领地保有原则得到各国适用，并通过庄严宣言、国际文书和决议得到承认和确认。

(8) 在科孚海峡案中，国际法院根据某些公认的一般原则确定了一些国际义务，即：基本的人道考虑，在和平时期甚至比在战时更为严格；海上通信自由原则；以及每个国家均有义务不在知情的情况下允许其领土被用来从事违反他国权利的行为。⁴⁰

(9) 国际法院没有适用《海牙第八公约》⁴¹，因为该公约只适用于战时，何况，阿尔巴尼亚也不是该公约的缔约国。相反，该法院根据“公认的一般原则”确定了某些义务，而这些原则似乎是从协定国际法和习惯国际法的现有规则中推导出来的。这些原则可被视为国际法律体系所固有的原则。

(10) 在 *Furundžija* 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭识别并适用了“尊重人的尊严的一般原则”，其依据是“整套国际人道法以及人权法的精髓在于保护每个人的人类尊严”，这是“国际人道法和人权法的根本基础，实际上也正是其存在的理由”。⁴²

(11) 结论草案 7 第 2 段指出，本结论草案不影响可能存在着国际法律体系内形成的其他一般法律原则的问题。列入这一段，是为了反映委员会一些委员的意见，他们支持在国际法律体系内形成的一般法律原则的存在，但认为这项结论草案的第 1 段过于狭隘，没有包含其他可能的原则，这些原则虽然不是国际法律体系所固有的原则，但仍可能在国际法律体系内形成，而不是源自国内法律体系。

(12) 有几位委员虽然不排除可能存在《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项意义上的一般法律原则的第二个类别，但提出了关切，即没有足够的国家实践、判例或学说充分支持第二类的存在，因此难以明确地确定这种原则的识别方法。

(13) 另一些委员认为，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项仅限于源自国内法律体系的一般法律原则。一些委员告诫委员会应谨慎行事，不要在涉及国际法渊源之一的专题中进行逐渐发展的工作。还有人表示，应避免与国际法的其他渊源混淆。在这方面，委员会一些委员认为，习惯国际法与结论草案 7 意义上的在国际法律体系内形成的一般法律原则之间的区别不明确，委员会提出的这类一般法律原则的识别方法不应与习惯国际法规则的产生条件出现重叠。

⁴⁰ 科孚海峡案(见上文脚注 20)，第 22 页：“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》，而是一些公认的一般原则，即：基本的人道考虑，在和平时期甚至比在战时更为严格；海上通信自由原则；以及每个国家均有义务不在知情的情况下允许其领土被用于从事违反他国权利的行为。”另见国际法院，关于尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案(尼加拉瓜诉美国)，实质问题，判决，《1986 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 112 页，第 215 段；国际海洋法法庭，M/V “塞加号”(第 2 号)案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，判决，《国际海洋法法庭案例汇编》，1999 年，第 10 页，见第 61-62 页，第 155 段。

⁴¹ 《关于敷设自动触发水雷的 1907 年海牙第八公约》(1907 年 10 月 18 日，海牙)，*The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J.B. Scott, ed. (New York, Oxford University Press, 1915), p. 151。

⁴² *Furundžija* (上文脚注 23), para. 183。

结论 8

法院和法庭的决定

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决定是确定此类原则的辅助手段。
2. 可酌情考虑将各国法院涉及一般法律原则的存在及内容的决定用作确定此类原则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案 8 涉及国际性和各国法院和法庭的决定在协助识别一般法律原则方面的作用。委员会处理这一问题的方法与其在关于习惯国际法的识别的结论中所采用的方法相同，⁴³ 习惯国际法与一般法律原则一样，也是国际法的渊源。

(2) 通常要依据国际性法院和法庭的决定来确定一般法律原则，特别是源自国内法律体系的一般法律原则的存在与否及其内容。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”所接受外，还“得到了国际决定的承认”。⁴⁴ 在白礁岛案中，法院同样指出，“经本法院判例确认，提出事实点以支持其主张的一方必须证明该事实，这是一项一般法律原则”。⁴⁵ 在查戈斯海洋保护区仲裁案中，仲裁庭指出，“在国际诉讼中频繁援引[禁止反言原则]增加了对该原则范围的界定”。⁴⁶

(3) 欧洲人权法院和美洲人权法院同样依据先前的决定来证明法官知法原则的存在。⁴⁷ 在国际刑法中，国际性法院和法庭先前的决定在识别一般法律原则方面也发挥了重要作用。⁴⁸

(4) 还可依据各国法院的决定来识别一般法律原则。在这方面，应回顾，各国法院的决定在识别一般法律原则方面可发挥双重作用。一方面，正如结论草案 5 所指出的，它们可能与为确定世界各法律体系共有原则的存在所需进行的比较分析

⁴³ 《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 65-66 页。

⁴⁴ 科孚海峡案(见上文脚注 20)，第 18 页。

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

⁴⁶ 常设仲裁法院，查戈斯海洋保护区案(毛里求斯诉联合王国)，案件编号 2011-03，2015 年 3 月 18 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第 31 卷，第 543 页，第 436 段。

⁴⁷ European Court of Human Rights, *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A, No. 24, para. 41; European Court of Human Rights, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, para. 44; Inter-American Court of Human Rights, see, *inter alia*, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Merits) of 29 July 1988, Series C, No. 4, para. 163.

⁴⁸ 例如见 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura*, Case No. IT-01-47-PT, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, Trial Chamber, 12 November 2002, paras. 58-61; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 May 2004, paras. 25-26; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al.*, Case No. SCSL-04-14-PT, Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence, 2 June 2004, paras. 22-30; Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Case No. SCSL-04-15-T, Ruling on the Issue of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and Succeeding Days, 12 July 2004, paras. 10-11.

有关。另一方面，当各国法院的决定本身对一般法律原则的存在及内容作了审查时，这些决定可用作确定一般法律原则的辅助手段。结论草案 8 仅涉及后一种情况。

(5) 结论草案 8 严格遵循《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的措辞，根据第一款(卯)项，虽然国际法院的裁判除对于当事国及特定案件外无拘束力，但国际法院的司法判例是确定国际法规则包括一般法律原则的辅助手段。“辅助手段”一词表明了这类决定在阐明法律方面的补充作用，而并非(像条约、习惯国际法或一般法律原则那样)本身就是国际法的渊源。“辅助手段”一词的使用不是表明也无意表明这类决定对于一般法律原则的识别不重要。

(6) 各法院和法庭关于国际法问题的决定，尤其是考虑了一般法律原则的存在并识别和适用了此类原则的决定，可为确定一般法律原则的存在与否提供宝贵的指导。然而，此类决定的价值可能会有很大的差异，取决于推理的质量(包括两种情形下的推理质量：就源自国内法律体系的一般法律原则而言，主要是在多大程度上推理是对世界各法律体系和移植情况的审查结果；就国际法律体系内形成的一般法律原则而言，在多大程度上推理是对国际法律体系中现有规则、国际组织或政府间会议通过的相关决议以及各国所作声明的分析结果)，以及取决于对决定的接受程度，尤其是各国及随后的法院和法庭决定所表现出的接受程度。

(7) 第 1 段提到“国际性法院和法庭”，这一措辞意在涵盖任何被提请审查一般法律原则的行使司法权的国际机构。认识到国际法院决定的重要性及其作为具有一般管辖权的唯一常设国际性法院的特殊地位，该段明确提及国际法院，它是联合国的主要司法机关，其规约是《联合国宪章》的组成部分，其成员由大会和安理会选举产生。虽然国际法院仅在少数情况下明确提及第三十八条第一款(寅)项⁴⁹，但在其判例中提到了多项一般法律原则(也如常设国际法院做过的那样)，有助于理解国际法的这一渊源和特定原则的范围。⁵⁰“国际性法院和法庭”一词还包括(但不限于)专门法院和区域法院，例如国际海洋法法庭、国际刑事法院和特设国际刑事法庭、区域人权法院和世界贸易组织争端解决机构。它还包括国家间仲裁庭和其他适用国际法的仲裁庭。国际性法院和法庭通常可利用的技能和广泛的证据可使其决定具有重要分量，但以上一段提及的那些考虑因素为限。

(8) 为本结论草案的目的，“决定”一词包括判决、裁决和咨询意见以及关于程序事项和中间事宜的命令。个别意见和反对意见可能有助于理解决定，并可能讨

⁴⁹ 西南非洲案，第二阶段(上文脚注 20)，第 47 页，第 88 段；北海大陆架案(上文脚注 32)，第 21-22 页，第 17-18 段；阿韦纳和其他墨西哥国民案(墨西哥诉美利坚合众国)，判决，《2004 年国际法院案例汇编》，第 12 页，见第 61 页，第 127 段。

⁵⁰ 例如见科孚海峡案(上文脚注 20)，第 18 和 22 页；对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留(上文脚注 23)，第 23 页；联合国行政法庭的赔偿裁决的效力，1954 年 7 月 13 日咨询意见，《1954 年国际法院案例汇编》，第 47 页起，见第 53 页；通行权案(上文脚注 29)，第 43 页；西南非洲案(第二阶段)(上文脚注 20)，第 47 页，第 88 段；北海大陆架案(上文脚注 32)，第 21-22 页，第 17-18 段；巴塞罗那电车公司案(上文脚注 20)，第 37 页，第 50 段；申请复核联合国行政法庭第 158 号判决，咨询意见，《1973 年国际法院案例汇编》，第 166 页起，见第 181 页，第 36 段；申请复核联合国行政法庭第 273 号判决，咨询意见，《1982 年国际法院案例汇编》，第 325 页起，见第 338-339 页，第 29 段；尼加拉瓜和哥伦比亚大陆架划界问题案(上文脚注 28)，第 100 页，第 58 段；加勒比海和太平洋海洋划界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和波蒂略岛北部的陆地边界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)，判决，《2018 年国际法院案例汇编》，第 139 页起，见第 166 页，第 68 段。

论到所涉法院或法庭的决定中未涉及的要点，但需要谨慎对待，因为它们反映了个别法官或仲裁员的观点，并可能提出未被法院或法庭接受的观点。

(9) 第 2 段涉及各国法院(也被称为国内法院)的决定。国际性法院和各国法院之间的区别并不总是那么明确；在本结论草案中，“各国法院”一词包括在一个或多个国内法律体系内运作的具有国际性人员构成的法院，例如具有本国和国际混合人员构成和混合管辖权的一些“混合”法院和法庭。

(10) 在试图依据各国法院的决定作为确定一般法律原则的辅助手段时，需要谨慎行事。这一点体现在第 1 段和第 2 段的不同措辞中，特别是第 2 段中使用的“可酌情考虑”的说法。各国法院在一个特定的法律体系中运作，该体系可能仅以特殊和有限的方式将国际法纳入。各国法院的决定可能反映了特定的国家观点。与大多数国际性法院不同，各国法院有时可能缺乏国际法方面的专业知识，并可能在作出决定时未能听取各国提出的论点。

结论 9 学说

各国权威最高的公法学家学说可用作确定一般法律原则的辅助手段。

评注

(1) 结论草案 9 涉及学说在识别一般法律原则方面的作用。草案严格遵循《国际法院规约》第三十八条第一款(卯)项的措辞，规定此类著作可作为确定一般法律原则的辅助手段，也就是说，用来确定是否存在可移植到国际法律体系内的一项世界各法律体系共有的原则，或是否存在一项在国际法律体系内形成的原则。“学说”一词也常常被称作“论著”，应从广义上理解；它包括非书面形式的学说，例如讲座和视听材料。

(2) 与上文结论草案 8 提到的法院和法庭的决定一样，学说本身并不是国际法的渊源，但可为确定一般法律原则的存在及内容提供指导。这种辅助作用承认了学说在下列领域可能具备的价值：收集并评估国内法和其他材料以及一项世界各国法律体系共有的原则与国际法律体系的相容性；权衡国际法律体系中的相关规则以及国际组织或政府间会议通过的相关决议及各国所作的声明，以评估在国际法律体系内形成的一般法律原则是否得到承认；识别差异以及一般法律原则的可能缺失或发展情况；以及评估法律。利用学说可能特别有助于克服在对国内法律体系进行比较分析时发现的任何语言障碍。

(3) 在借鉴论著时需要保持谨慎，因为它们在确定某项一般法律原则是否存在方面的价值可能有差异：结论草案中的“可用作”一词即反映了这一点。学说有时不仅试图记录法律的现状(现行法)，还设法支持其发展(拟议法)。此外，学说可能反映了著述者本国的观点或其他个人观点。再者，学说的质量参差不齐，因此评估特定论著的权威性至关重要。

(4) “各国……的公法学家”一词强调了必须尽可能考虑到可代表世界各法律体系和区域以及各种语言的学说。在识别源自国内法律体系的一般法律原则时，这一点可能特别重要。

(5) 参与编纂和发展国际法的私营国际机构的工作成果可在这方面提供有用的资源。这类集体机构包括国际法学会(Institut de droit international)和国际法协会。必

须参照以下因素仔细评估每一项工作成果的价值：所涉机构的专业知识，工作成果在多大程度上试图阐述现有法律，在特定问题上开展工作的仔细程度和客观性，特定工作成果在机构内部获得的支持以及各国和其他各方的认可程度。

(6) 在论著以外，在考虑其他辅助手段时，应特别注意委员会的工作成果，特别是考虑到委员会作为联大的一个附属机构，其独特任务是促进国际法的逐渐发展和编纂。还应考虑到委员会的委员来自不同的区域，代表着世界上各种不同的法律体系；考虑到委员会与联大和各国有着密切的关系，包括在开展工作时从各国收到口头和书面意见。这一理解不妨碍委员会关于“确定国际法规则的辅助手段”专题的工作。

结论 10

一般法律原则的功能

1. 主要当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，求助于一般法律原则。
2. 一般法律原则有利于国际法律体系的一致性。一般法律原则尤其可具有以下功能：
 - (a) 用以解释和补充其他国际法规则；
 - (b) 用作主要权利和义务的依据，以及用作次要和程序性规则的依据。

评注

(1) 结论草案 10 涉及一般法律原则的功能。结论草案指出，主要当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，求助于一般法律原则。结论草案还指出，一般法律原则有利于国际法律体系的一致性，这些原则尤其可用以解释和补充其他国际法规则，并用作主要权利和义务、次要规则和程序性规则的依据。结论草案 10 适用于所有一般法律原则，不论其源自国内法律体系还是在国际法律体系内形成，这取决于所涉一般原则。

(2) 应回顾，一般法律原则的功能原则上类似于国际法其他渊源所发挥的功能。

《国际法院规约》第三十八条第一款同等地列出了条约、习惯国际法和一般法律原则，应根据该款规定及其在实践中的适用情况来理解一般法律原则的功能。

(3) 结论草案 10 第 1 段指出，主要当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，求助于一般法律原则。⁵¹ 其目的是反映实践和理论中的趋势，即在评估一个特定问题时，首先确定是否有条约规则或习惯国际法规则可以提供解决办法，如果这两个渊源均不充分，则求助于一般法律原则。“主要……求助于”的说法澄清了这并不是唯一的处理方式，在某些情况下，可根据具体情况直

⁵¹ 另见 Pellet and Müller, “Article 38”, pp. 934–935; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (London, Longmans, 1927), p. 85; F. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), pp. 42–43; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), pp. 37–53, at pp. 37–41; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law”, p. 487; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law”, p. 162.

接求助于一般法律原则。委员会以此力求避免这样一种误解：与条约或习惯相比，一般法律原则起到辅助作用。

(4) “其他国际法规则”是指条约和习惯国际法规则。“不能全部或部分解决某一特定问题”意在澄清，当条约或习惯完全无法解决或仅能部分解决某一问题而一般法律原则可作为补充时，可适用一般法律原则。

(5) 应当指出，并非总能通过一般法律原则来填补条约或习惯国际法留下的空白。只有在一般法律原则能够根据本结论草案被识别的情况下，才能用结论草案 10 第 1 段所述的方式使用一般法律原则。

(6) 结论草案 10 第 2 段首先提出了一个事实性主张，即一般法律原则有利于国际法律体系的一致性。⁵² 虽然源自国际法其他渊源的规则也有利于国际法律体系的一致性，但某些一般原则似乎旨在以更直接的方式发挥这一功能。此类一般法律原则的例子可包括条约必须遵守原则、善意原则、特别法和后法原则、尊重人的尊严和基本人道考虑。

(7) 第 2 段还提到了一般原则的两个更具体的功能。“尤其”一词表明所提及的功能并非详尽无遗，而“可具有以下功能”的说法则表明一般原则的功能必须根据其内容和范围逐一确定。

⁵² 见国际法院院长阿卜杜勒卡维·艾哈迈德·优素福先生阁下于 2019 年 11 月 1 日在纽约联大第六委员会的发言，第 37 段。（“国际法的一致性问题涉及存亡的问题。没有国际一级的中央立法机构常常引发担忧，担心国际规范可能相互矛盾，担心国际法可能存在空白，并因此担心法院会作出无法可依的宣告。事实证明，一般原则可有效协助法院解决国际社会立法的结构性问题并促进一致性”）。另见 H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 113 (“[《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项]所设想的原则是，或无论如何包括以下原则：如果没有这些原则，任何法律体系都无法运作，它们是法律推理不可或缺的一部分”）；R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016), p. 136 (“从逻辑的角度来看，构建法律秩序必须假定一些一般原则。如果没有这些原则，渊源的构建将陷入恶性循环”）；T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), p. 106 (一般法律原则是 “[国际]法律体系的根本基础，对其运作所不可或缺” (引用 B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*)); M. Andenas and L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, in M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), p. 10 (“法律原则代表着核心凝聚力，揭示并加强了体系的系统性。其次，法律原则是国际性法院和法庭体系内实现系统内趋同的工具，通过确保它们仍然是一般国际法的组成部分，从而避免或减少国际法不同子领域所采用的方法不成体系的问题。第三，法律原则通过填补国际法体系与国内法体系之间的空白来促进体系间的一致性”）。

(8) (a)分段指出，一般法律原则可用来解释和补充其他国际法规则。可依据一般法律原则进行解释，这一点在实践中已得到充分确认。⁵³

(9) 一般法律原则可用于解释其他国际法规则，这一点在《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(丙)项得到确认，第三款(丙)项要求条约的解释者考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。委员会国际法不成体系问题研究组的报告指出，第三十一条第三款(丙)项处理的是条约外的渊源涉及条约解释的情况，这些渊源可包括其他条约、习惯规则或一般法律原则。⁵⁴

(10) 结论草案 10 第 2 段(a)分段中的“补充”一词意在涵盖一般法律原则与条约规则或习惯国际法规则同时适用的其他情况。⁵⁵

(11) (b)分段指出，一般法律原则可作为主要权利和义务、次要规则和程序性规则的依据。“主要权利和义务”一词涵盖如下主张：与国际法的任何其他渊源一样，一般法律原则可产生国家和其他国际法主体必须承担的实质性权利和义务，

⁵³ 例如见 European Court of Human Rights, *Golder v. the United Kingdom*, Judgment of 21 February 1975, Series A No. 18, para. 35 (“《维也纳公约》第三十一条第三款(丙)项指出，应与上下文一并考虑‘适用于当事国间关系之任何有关国际法规则’。这些规则中包括一般法律原则，特别是‘文明国家承认的一般法律原则’……民事索赔必须能够提交给法官的原则是得到普遍‘承认’的一项基本法律原则；禁止司法不公的国际法原则也是如此。第六条第一款必须根据这些原则来解读”)；World Trade Organization, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, 6 November 1998 (WT/DS58/AB/R), *Dispute Settlement Reports 1998*, vol. VII, p. 2755, at para. 158 (“第二十条的起首部分实际上只是善意原则的一种表述。这一原则既是一般法律原则，也是国际法的一般原则，控制着各国对权利的行使……我们在此的任务是解释起首部分的措辞，酌情从国际法的一般原则中寻求额外的解释性指导”)；*United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”* (上文脚注 20), para. 142 (“虽然这些文书没有统一定义‘国外来源的收入’，但在我们看来，从中产生了某些得到广泛承认的税收原则。在设法对《补贴与反补贴措施协定》脚注 59 中的‘国外来源的收入’(这是一项国际贸易条约中与税收有关的规定)赋予含义时，我们认为，应当求助于许多国家在税收领域普遍适用的这些得到广泛承认的原则”)；*Kupreškić* (上文脚注 23), para. 609 (“因此，要求审判分庭审查迫害的定义中可包括哪些《国际法庭规约》第五条未涵盖的行为。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内。此外，这一定义必须符合刑法的一般原则，如罪刑法定原则和罪行特定原则”)。另见 Central American Court of Justice, *El Salvador v. Nicaragua*, Judgment of 9 March 1917, in *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), pp. 674-730, at p. 728; *Furundžija* (上文脚注 23), para. 180; *Kunarac* (上文脚注 26), paras. 437-460; *Delalić*, Appeals Chamber (上文脚注 20), para. 538。

⁵⁴ 国际法不成体系问题研究组的报告，《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 251 段，见第 180 页，结论(17)-(20)。

⁵⁵ 例如，在巴塞罗那电车公司案中，国际法院认为，适用一般法律原则是适当的，因为关于外交保护的规则并未处理公司与股东之间的关系这一具体问题，国际法院特别指出，“国际法尚未就这一问题制定规则”(巴塞罗那电车公司案(见上文脚注 20)，第 33-34 页，第 38 段)。另见迪亚洛案(几内亚共和国诉刚果民主共和国)(见上文脚注 30)，第 675 页，第 104 段)。同样，仲裁庭在关于《奥斯巴公约》的诉讼中指出，在确定适用于该争端的法律时，“不言而喻，仲裁庭的首要职责是适用《奥斯巴公约》[《保护东北大西洋海洋环境公约》]。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(根据《奥斯巴公约》提出的诉讼(爱尔兰诉联合王国))，2003 年 7 月 2 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十三卷，第 59-151 页，见第 87 页，第 84 段)。另见 *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, 29 November 1996, para. 26 (“审判分庭指出，《规约》和《规则》没有进一步说明犯下国际法庭管辖范围内的罪行，包括危害人类罪的犯罪人可被判处的监禁期限。为了审查适用于危害人类罪的量刑，审判分庭将查明此类罪行的特征以及国际法和国内法规定的与之相关的刑罚，这些体现了所有国家均承认的一般法律原则”)。

违反这些权利和义务可产生国际责任。⁵⁶ 法律文书和司法决定提到此类一般原则的例子，如禁止不当得利、⁵⁷ 占领地保有原则、⁵⁸ 领土的归属当然地包括该领土的附属水域的原则、⁵⁹ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》的基本原则、⁶⁰ 禁止国际法上的罪行、⁶¹ 基本人道考虑、海上通信自由、每个国家均有义务不在知情的情况下允许其领土被用来从事违反他国权利的活动，⁶² 以及弃儿有权被推定为由被发现国的国民所生。⁶³

(12) (b)分段中的“次要和程序性规则”意在涵盖某些一般法律原则，这些原则可根据其特定内容被认定为发挥着此类特定功能。

(13) 国际法庭认为一些次要责任规则源自一般法律原则，例如以不可抗力为由解除不法性的原则、⁶⁴ 对违反国际法的行为进行赔偿的义务、⁶⁵ 偿付延期利息

⁵⁶ 2001 年《国家对国际不法行为的责任条款》第 12 条(违背国际义务行为的发生)规定：“一国的行为如不符合国际义务对它的要求，即为违背国际义务，而不论该义务的起源为何”。评注在解释“不论该义务的起源为何”的含义时指出，“国际义务可能是由国际法的惯例规则、条约或国际法律秩序内适用的一般原则确定的”。见《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)和更正，第 76-77 段，见第 55 页，第 12 条的评注第(3)段。另见《1976 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 80-87 页。

⁵⁷ *Sea-Land Service* (见上文脚注 20), p. 169。

⁵⁸ 边界争端案(见上文脚注 23)，第 565 页，第 20-21 段。

⁵⁹ 阿根廷和智利关于比格尔海峡的争端，1977 年 2 月 18 日裁决，《国际仲裁裁决汇编》，第二十一卷，第 53-264 页，见第 145 页。

⁶⁰ 对《防止及惩治灭绝种族罪公约》提出的保留(见上文脚注 23)，第 23 页(《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页)。

⁶¹ 见《公民及政治权利国际公约》第十五条第二款(“任何人之行为或不行为，于发生当时依各国公认之一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受本条规定之影响”)。另见《欧洲人权公约》第七条第二款(“任何人之行为或不行为，于发生当时依文明国家公认之一般法律原则为有罪者，其审判与刑罚不受本条规定之影响”)(《保护人权与基本自由公约》)(《欧洲人权公约》)(1950 年 11 月 4 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 213 卷，第 2889 号，第 221 页)。

⁶² 科孚海峡案(见上文脚注 20)，第 22 页。

⁶³ *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (见上文脚注 20), p. 21。

⁶⁴ 例如见 European Court of Justice: *Denkavit België NV v. Belgian State*, case 145/85, judgment, 5 February 1987, *European Court Reports 1987*, p. 565; and *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, case 101/84, judgment, 11 July 1985, *ibid.*, 1985, p. 2629。另见《联合国国际货物销售合同公约》(维也纳，1980 年 4 月 11 日)，联合国，《条约汇编》，第 1489 卷，第 25567 号，第 3 页，第 79 条；P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2nd ed. (trans. G. Thomas) (Oxford, Clarendon Press, 1998), pp. 600–626; art. 7.1.7 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Rome, UNIDROIT, 1994), pp. 169–171; and G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), pp. 306–320。

⁶⁵ 常设国际法院，霍茹夫工厂案(实质问题)，1928 年 9 月 13 日判决，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，第 29 页。

或补偿性利息的义务、⁶⁶ 情势变更原则、⁶⁷ 以及以赔偿为目的的个人继承原则。⁶⁸

(14) 程序性规则是指规范国际性法院和法庭程序的规则。一个典型例子是既判力原则，国际性法院和法庭多次承认这是一项一般法律原则。⁶⁹ 国际性法院和法庭提到的其他此类原则包括法官知法、⁷⁰ 自裁管辖权、⁷¹ 审查越权、⁷² 任何人都不能在自己的案件中担任法官原则、⁷³ 举证责任规则、⁷⁴ 间接证据的可接受性⁷⁵ 以及缺席审判的可能性。⁷⁶

结论 11

一般法律原则与条约和习惯国际法的关系

1. 作为国际法渊源的一般法律原则与条约和习惯国际法不存在位阶关系。
2. 一般法律原则可与条约或习惯国际法中具有相同或类似内容的规则并行存在。
3. 对于一般法律原则与条约或习惯国际法中的规则之间的任何冲突，应适用国际法中公认的解释方法和冲突解决方法予以解决。

评注

(1) 结论草案 11 澄清了一般法律原则与条约和习惯国际法之间关系的某些方面。

(2) 结论草案 11 第 1 段指出，一般法律原则与条约和习惯国际法之间不存在位阶关系。这一说法遵循了《国际法院规约》第三十八条第一款，其中列出了国际

⁶⁶ 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 441 页。

⁶⁷ *Questech* (见上文脚注 20)，p. 122。

⁶⁸ *Aloeboetoe v. Suriname* (见上文脚注 20)，paras. 61-62。

⁶⁹ 尼加拉瓜和哥伦比亚大陆架划界问题案(见上文脚注 28)，第 100 页起，见第 125-126 页，第 58-61 段。

⁷⁰ 见上文脚注 47。

⁷¹ 常设国际法院，1926 年 12 月 1 日希腊—土耳其协定的解释，1928 年 8 月 28 日咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 16 号，第 20 页。

⁷² 阿卜耶伊地区仲裁裁决(见上文脚注 20)，第 299 页，第 401-406 段。

⁷³ 常设国际法院，《洛桑条约》第 3 条第 2 款的解释，1925 年 11 月 21 日咨询意见，《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 12 号，第 32 页(考虑到《国际联盟盟约》第 15 条第 6 和第 7 款反映了“众所周知的规则，即任何人都不能在自己的案件中担任法官”)。

⁷⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ARB/02/13, Award of 31 January 2006, paras. 70 ff; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB/00/5, Award of 23 September 2003, para. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, UNCITRAL Award of 26 January 2006, para. 95; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, para. 56.

⁷⁵ 科孚海峡案(见上文脚注 20)，第 18 页。

⁷⁶ *Sesay* (见上文脚注 48)，paras. 9-10。

法的三个渊源，但并未表明三者之间存在任何位阶关系。此外，国际法不成体系问题研究组的工作结论⁷⁷也确认不存在这种位阶关系。⁷⁸

(3) 应回顾，如结论草案 10 第 1 段所述，主要当其他国际法规则不能全部或部分解决某一特定问题时，求助于一般法律原则。正如评注中所解释的，这反映了实践中的大多数情况，但并非总是如此，这可以从法律推理的角度加以解释，也是适用特别法原则的结果。⁷⁹然而，委员会的理解是，这一做法不应被理解为暗示一般法律原则与条约和习惯国际法之间存在位阶关系。《国际法院规约》第三十八条第一款所列的三种国际法渊源享有同等地位。如结论草案 10 的评注所述，一般法律原则可直接适用或与其他国际法规则同时适用，以解释或补充这些规则。

(4) 结论草案 11 第 1 段是对一般国际法的陈述。然而，应当指出，没有什么能够阻止各国建立某种作出不同安排的条约制度，例如《国际刑事法院罗马规约》，⁸⁰其中第二十一条似在法院适用的不同渊源之间建立了位阶关系。⁸¹

(5) 根据上述情况，结论草案第 2 段指出，一般法律原则可与条约或习惯国际法中具有相同或类似内容的规则并行存在。委员会意在强调，一般法律原则是国际法的一个单独渊源，有其自身的识别要求，即使存在着处理相同或类似主题事项的条约规则或习惯国际法规则，其作为一般国际法组成部分的存在和适用性不受影响。

(6) 例如，当一项条约完整地编纂了一项一般法律原则时，就可能会出现这种情况，结果是在所涉条约和一般法律原则中都能找到内容相同的特定规则。在这种情况下，一般法律原则可继续为条约的解释和适用提供指导，并作为一般国际

⁷⁷ 国际法不成体系问题研究组的工作结论，《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 182 页，第(31)段(“国际法的主要渊源(《国际法院规约》第三十八条载列的条约、习惯和一般法律原则)之间并不存在位阶关系”)。

⁷⁸ 这一主张在学说中也被普遍接受。例如见 Pellet and Müller, “Article 38”, p. 935; J. Dugard and D. Tladi, “Sources of international law” in J. Dugard et al. (eds.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (Cape Town, Juta & Company Ltd., 2018), pp. 28–56, at pp. 28–29; Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international law”, p. 49; C. Bassiouni, “A functional approach to ‘general principles of international law’”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 11 (1990), pp. 768–818, at pp. 781–783; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, pp. 20–22; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, p. 20; Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (footnote 24 above), pp. 121–122; V. D. Degan, *Sources of International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), p. 5; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, p. 108.

⁷⁹ 例如见通行权案(上文脚注 29)，第 43 页(“法院得出结论认为，英国和印度当局与葡萄牙当局之间的交往过程确立了一种双方均充分理解的惯例，而葡萄牙据此惯例获得了私人、文职官员和一般货物的通行权，因此认为没有必要审查一般国际习惯或文明国家承认的一般法律原则是否会导致同样的结果”)。

⁸⁰ 《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。

⁸¹ 另见《非洲人权和民族权宪章》第 61 条(1981 年 6 月 27 日，内罗毕)；联合国，《条约汇编》，第 1520 卷，第 26363 号，第 217 页。

法，继续在条约缔约国与非缔约国之间以及在非缔约国之间适用。⁸² 同样，一项条约可能只是部分编纂了一般法律原则，在这种情况下，在解释和适用所涉条约规则时，需要考虑一般法律原则，并且一般法律原则仍然在条约缔约方和非缔约方之间适用。⁸³ 类似的考虑也适用于习惯国际法，这取决于所涉习惯规则的具体内容。⁸⁴ 一项一般法律原则可能适用于国际法的各个领域，例如善意原则，该原则可能成为习惯规则，⁸⁵ 但仍保持其独特的存在和适用性。

(7) 结论草案 11 第 3 段指出，对于一般法律原则与条约或习惯国际法中的规则之间的任何冲突，应适用国际法中公认的解释方法和冲突解决方法予以解决。本段必须结合其所依据的国际法不成体系问题研究组的结论一并理解。结论草案中提到的“国际法中公认的解释方法和冲突解决方法”指的是特别法优于一般法、后法优于前法、协调一致原则等原则以及《维也纳条约法公约》第三十一至第三十三条。此外，还必须考虑到根据规则的实质内容(一般国际法强制性规范(强行法))以及根据条约规定(例如《联合国宪章》第一百零三条)而承认的位阶关系。

⁸² 这方面的一个例子是《维也纳条约法公约》第二十六条所反映的条约必须遵守原则，该原则可作为条约规则在《公约》缔约国之间适用，也可作为一般法律原则在《公约》缔约国与非缔约国之间，以及非缔约国之间适用。《公约》序言指出，“自由同意与善意之原则以及条约必须遵守规则乃举世所承认”。

⁸³ 例如，国际法院曾在不同场合多次提到既判力原则，认为该原则既是一项一般法律原则，也是其《规约》规定的规则(尼加拉瓜和哥伦比亚大陆架划界问题案(见上文脚注 28)，第 125 页，第 58 段；加勒比海和太平洋海洋划界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)和波蒂略岛北部的陆地边界案(哥斯达黎加诉尼加拉瓜)(见上文脚注 50)，第 166 条，第 68 段)。法院似乎注意到《规约》所载规则与一般法律原则并行存在的另一个例子是诺特博姆案，涉及自裁管辖权原则(诺特博姆案(初步反对意见)，1953 年 11 月 18 日判决，《1953 年国际法院案例汇编》，第 111 页起，见第 120 页)。关于情势变更原则，伊朗—美国索赔法庭指出，“情势变更这一概念……其基本形式已被纳入许多法律体系，可被视为一项一般法律原则；《维也纳条约法公约》第六十二条也包含得到广泛认可的对这项原则的表述”(Questech (见上文脚注 20)，p. 122)。另一个例子是《联合国海洋法公约》第三〇〇条编纂的滥用权利原则((1982 年 12 月 10 日，蒙特哥贝)，联合国，《条约汇编》，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页)，以及《国际刑事法院罗马规约》第三部分编纂的刑法的一般原则。

⁸⁴ 例如，《维也纳条约法公约》第三十四条编纂的“协定不约束第三方”原则可同时被视为习惯国际法规则和一般法律原则。

⁸⁵ 例如，善意的一般原则已被编入《维也纳条约法公约》(例如第二十六条和第三十一条)。委员会通过的关于与条约解释相关的嗣后协定和嗣后实践的结论 2 第 1 段指出，《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条所述规则也可作为习惯国际法适用(《2018 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 51 段)。善意原则也体现在《友好关系宣言》中。