

Provisional

**For participants only**

10 January 2022

Chinese

Original: English

---

国际法委员会

第七十二届会议(第二期会议)

第 3544 次会议临时简要记录

2021 年 7 月 19 日星期一下午 3 时在日内瓦万国宫举行

目录

一般法律原则(续)

---

对本记录的更正应以工作语文之一提出，以备忘录说明更正之处，并改在一份已印发的记录上。更正应在本文件印发两周内送交日内瓦万国宫 E.5108 室编辑科。



**出席：**

主席： 哈穆德先生

委员： 奥雷斯库先生

西塞先生

埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士

福尔托先生

加尔旺·特莱斯女士

格罗斯曼·吉洛夫先生

哈苏纳先生

贾洛先生

莱赫托先生

村濑先生

墨菲先生

阮先生

奥拉尔女士

瓦扎尼·沙赫迪先生

朴先生

彼得里奇先生

拉吉普特先生

赖尼施先生

鲁达·桑托拉里亚先生

萨博亚先生

斯图尔马先生

特拉迪先生

巴伦西亚—奥斯皮纳先生

巴斯克斯—贝穆德斯先生

迈克尔·伍德爵士

扎加伊诺夫先生

**秘书处：**

卢埃林先生 委员会秘书

下午 3 时 05 分宣布开会。

#### 一般法律原则(议程项目 7)(续)(A/CN.4/741 和 A/CN.4/741/Corr.1)

彼得里奇先生说，一般法律原则这一专题具有重大的实践和理论意义。特别报告员的第二次报告(A/CN.4/741 和 A/CN.4/741/Corr.1)促使国际法委员会展开了十分精彩的辩论，他在对该报告的评论中有时会唱唱反调，以求澄清一些相关问题。

委员会的任务是更好地理解一般法律原则的性质和作用以及识别这些原则的方法。在作为《国际法院规约》第三十八条的基础的《常设国际法院规约》第三十八条中，一般法律原则被承认为独立的国际法渊源，与条约和习惯处于同一层面。国际法的所有主体都承认这三个渊源，尤其是体现在国家实践中。他的基本立场是，一般法律原则是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项界定的独立的国际法渊源，应当作为委员会关于这一专题的工作的出发点。

特别报告员的第一次和第二次报告以及秘书处关于一般法律原则的备忘录(A/CN.4/742)深入探讨了这一概念的历史，从这段历史中可以清楚地看出，一般法律原则起初为什么被承认为国际法的渊源。当时，国际法基本上是由习惯规则构成，因为在国际层面编纂的法律很少。因此，国际法体系存在许多空白。一般法律原则被确认为国际法的另一个渊源，以避免出现无法可依的情况。这些原则被理解为当时存在的所有主权国家的法律体系普遍接受的原则。事实上，如果没有这些原则，任何法律体系都是无法想象的。例如，“条约必须遵守”、“不法行为不产生权利”和“任何人不能给予其所未有者”等原则是任何有序的法律体系，包括国际法律体系的基本原则。从这个意义上说，一般法律原则有一个基本的共同特征：这些原则在国内法律体系中被制定、存在并被普遍接受，后来作为公认的独立渊源纳入国际法体系。

在当代国际法中，《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的源于国家法律体系的一般法律原则的例子有很多。这些例子可以在法律的各个分支中找到，包括国际刑法，特别是国际刑法的程序方面，以及国际环境法。

2019 年，在对特别报告员的第一份报告进行辩论后得出的结论是，本专题应涵盖作为国际法渊源的一般法律原则的法律性质。因此，委员会应侧重构成第三十八条第一款(寅)项所规定的国际法渊源的一般法律原则，该条款明确规定，这些原则源自国家法律体系。该报告第二部分涵盖了这一类一般法律原则。他支持特别报告员在这一部分采用的办法，特别是关于识别源自国家法律体系的一般法律原则的拟议两步分析法。他还同意特别报告员对“文明各国”一词的意见，认为这个词应当替换。

因此，他认为结论草案 4、结论草案 5、结论草案 6、结论草案 8 和结论草案 9 为起草委员会的进一步工作奠定了坚实基础。这些结论草案有助于澄清一般法律原则的性质和作用，以及根据国家实践识别这些原则的过程。从这个意义上说，一般法律原则是一般国际法独立、正式的渊源，具有普遍适用性。委员会大多数委员似乎基本同意特别报告员在这方面的观点，从各国 2019 年在第六委员会发表的评论来看，大多数国家似乎也基本同意特别报告员在这方面的观点。第二次报告中提出的结论草案已有助于推进委员会更广泛的目标，即促进国际法的明确性、稳定性和确定性原则。

关于今后的工作方案，特别报告员应审视一般法律原则与其他类别的规范之间的关系，特别是与其他两个国际法渊源、源自《联合国宪章》的国际法基本原则、强行法规范和“软”国际法规范之间的关系。

谈到报告的第三部分和结论草案 7，他说，他赞同委员会几名委员(如果不是多数委员)和一些国家表达的保留意见。这些保留意见在很大程度上涉及特别报告员的以下决定：将国际法体系内形成的某些原则视为《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。特别是，他赞同就在本专题和整个国际法背景下使用演绎方法所表达的保留意见。由于国际法体系缺乏中央立法机构，因此，国际法体系建立在国家实践基础之上。条约、习惯和一般法律原则就是这种实践的反映。为识别第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则，采用以各国的实际实践为出发点的归纳方法最为合适。这一点已在辩论中数次提到，拉吉普特先生也提到这一点。

特别报告员抱有值得称赞的求知欲，不愿忽视当今的现实，即条约、习惯国际法和大会决议和宣言等“软”国际法经常提及“原则”，使用“国际法原则”、“基本原则”或“国际法基本原则”等表述。然而，他不认为在国际法体系内形成的原则可以构成第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。在他看来，这些原则是完全不同的。特别报告员举出各种例子，说明了在国际法体系内形成的原则，包括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)、马顿斯条款和依法保有原则。但这些原则缺乏第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则的构成要素之一，即已在国内法律体系中形成和存在，并在当代国家法律体系中得到广泛承认。他怀疑委员会是否有权改变该条款的明确含义。

从国家实践中可以明显看出，在一项或多项条约中存在的原则仅对当事各方具有约束力，而第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则具有普遍约束力。即使一项原则存在于几项条约中，要将该原则从条约法原则转换为第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则，也会使条约义务转换为具有普遍约束力的规范，这将是难以接受的。

条约中提到了各种法律原则。尽管这些法律原则甚至可能具有强行法性质，但归根结底源于条约法，并构成条约法的一部分，有别于第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。“国际法基本原则”就是一个好例子。国际法基本原则载入了《联合国宪章》，起初是条约法的一部分。几项国际法基本原则后来成为习惯法或强行法规范。然而，尽管这些国际法基本原则已在其他国际文书中得到广泛承认，但并不被视为第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。如果委员会重塑一般法律原则的概念，将条约、习惯国际法，甚至不符合该条款所载标准的“软”国际法中的原则包括在内，则委员会将破坏法律保障和确定性原则。这种办法将为各种原则都应被接受为一般法律原则的主张打开大门。

委员会委员似乎仅对一项拟议结论草案存在分歧，即结论草案 7。核心问题是，在该结论草案规定的条件下，条约、习惯国际法甚至“软”国际法中存在的原则是否可以被承认为第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。这个问题委员会当然应该讨论，但最终应由各国作决定。各国的决定不应操之过急。应当开展进一步研究，以澄清条约、习惯国际法和“软”国际法中存在的各种原则(不论名称为何)的作用和功能，这些原则之间的关系，以及这些原则与源自国家法律体系的一般法律原则之间的关系。应该给特别报告员时间，考虑委员会委员

和各国表达的保留意见。此外，委员会应认真考虑特别请求各国就该专题的这一方面发表意见。话虽如此，他不反对起草委员会讨论结论草案 7。

主席通过视频连线发言，并以委员会委员的身份说，特别报告员在关于一般法律原则的第二次报告中，对识别一般法律原则的问题采取了全面和深入分析的方法。该报告结构合理，全面概述了相关理论和判例。特别报告员的分析，特别是对国家实践以及国际和国内法院和法庭的裁决的分析，将使委员会能够就识别过程的基本规则得出结论。尽管人们就识别过程所采用的方法表达了各种不同的意见，但该报告仍然是委员会就特别报告员提议的结论草案澄清立场的坚实基础。

他的发言可能较简短，因为委员会其他委员在辩论中已经谈到了他想提出的大部分问题。他首先发表了一些一般性意见，他说，关于第一类一般法律原则，即源自国家法律体系的原则，委员会达成了一致意见，而关于第二类一般法律原则，即在国际法体系内形成的原则，仍然存在争议。该报告明确指出，第一类是《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项规定的国际法渊源、惯例和判例法。而对第二类一般法律原则的支持意见主要见于国际法学家的著作、文献和一些国家在诉讼案件中阐述的论点。虽然第六委员会对第二类一般法律原则表达的支持肯定应该考虑，但这既不等于国际社会承认这一类一般法律原则的存在，也不等于支持涉及这一类原则识别方法的拟议结论草案的内容。在委员会与许多其他专题相关的工作中，委员会的任务是编纂现有的国际法规则，并制定作为拟议法的新规则。然而，对于涉及国际法渊源的专题，委员会的任务仅限于编纂现有规则，并通过适当的方法促进识别过程。即使到那时，委员会也应该避免发明新方法。任何时候都应该坚持严谨的做法。

在对特别报告员的第一次报告进行辩论期间，他和委员会其他几名委员表示，在确定国际法体系内形成的一般法律原则是否存在以及识别这些原则时，委员会不应颠倒次序。然而，特别报告员在第一和第二次报告中似乎都颠倒了次序，在提出必要的论据、条件和方法之前，给出了关于第二类一般法律原则的结论。特别报告员未在报告中对判例法的分析与结论草案 7 之间建立因果关系，这削弱了他提出的第二类一般法律原则的识别方法，并可能导致错误分类和渊源之间重叠的情况。

委员会将一般法律原则专题纳入其工作方案时达成了一项谅解，即专题的范围将限于《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项所指的一般法律原则。然而，特别报告员似乎认为，第三十八条第一款(寅)项只是一个起点。事实上，除该款所列的渊源以外，没有其他公认的国际公法渊源。即使特别报告员的意图是要断言存在一类在国际法体系内形成的一般法律原则，这种断言也必须以第三十八条第一款(寅)项为依据。

此外，本专题的范围应限于一般法律原则；应当排除其他规则，譬如国际法一般原则，此外，一般国际法规则或强行法规则不应被错误地定性为一般法律原则。如果法院或法庭确实在《常设国际法院规约》通过以来的一段时间内将某一特定原则确定为一般法律原则，法院或法庭应该会明确这样说。委员会不应将法院和法庭援用的来源或一套规则错误描述为在国际法体系内形成的一般法律原则，从而重新诠释法院和法庭的裁决和法官意见。

他在评论该报告的具体内容时说，关于第一部分，他同意特别报告员的看法，即本专题的目的是提供实际指导。在这方面，应兼顾实用性和严谨性，即使缺乏先例，也应以国家实践以及国际法院和法庭的方法为坚实基础。

必须明确澄清“承认”一般法律原则的含义，更重要的是，必须澄清这一过程与确定将习惯接受为法律有何不同。这种“承认”的门槛似乎比确定法律确信的门槛要低。一个例子是该报告第三部分第三章提出的识别在国际法体系内形成的一般法律原则的演绎方法。

关于第二部分和识别源自国家法律体系的一般法律原则，他支持特别报告员提出的两步分析法，其中包括：第一，确定世界各主要法系共有的原则存在；第二，核实该原则已移置到国际法体系。

围绕“世界各主要法系”一语的争论很多。在他看来，特别报告员得出的结论是正确的，即“世界各主要法系”涵盖了世界上不同的法律族系和区域。该报告中援引的判例法表明，虽然一些法官和法院只分析了某些法律族系，但大多数法官和法院对不同法律族系和区域进行了广泛和有代表性的比较分析。因此，他支持在结论草案 5(2)中明确提及“世界不同法律族系和区域”。应在评注中明确指出，对国家法律体系的比较分析即需要分析世界各法律族系，也需要分析世界各区域，而不能强调一方而忽视另一方。同时，需要采取逐案处理的办法，因为某些原则在某些法律族系可能不存在。一项原则并非存在于所有法律族系的事实不应削弱其作为一般法律原则的价值，只要该原则得到广泛和有代表性的承认即可。

他同意特别报告员的看法，即第三十八条第一款(寅)项中使用的“文明各国”一词的解释正在演变。正如他在 2019 年指出的那样，该术语应被理解为“the community of nations”（国际社会），这是比“the community of States”更全面、更具包容性的表述。无论如何，这一事项都可以在起草委员会中解决。

关于“共有”一词的使用，该报告中援引的判例法表明，有关原则应当是不同法律体系和法律族系的共同标准，在这些原则的存在和内容方面不应有任何分歧或重大差异。这一要求是一项重要的保障措施，可确保识别过程切实可行和严谨，同时不会给被要求识别这些原则的实际工作者和法院带来过重的负担。

他同意，国际组织的实践在某些情况下可以发挥重要的佐证作用，因此应当加以考虑，尽管应与来自国家法律体系的材料一并考虑。

他不确定特别报告员在结论草案 6 中提出的核实一项原则移置于国际法体系的两个条件是否有足够的支持，尽管如该报告第 74 段所述，文献中常提及这些条件。关于第一个条件，即一项原则必须与国际法的基本原则相符，他认为，移置也需要与国际法的其他规则和原则相符。其他委员解释了为什么“基本”一词有问题，这个词不是以实践和对判例的合理分析为基础。此外，兼容性要求产生于这样一个事实，即一般法律原则的功能是填补空白，以避免出现无法可依的情况。正如判例似乎表明的那样，即使一项原则不是要填补空白，要将其移置到国际法中，也需要与其他规则和原则相符。关于第二个条件，即必须具备在国际法体系充分适用有关原则的条件，关键在于，有关原则应能适应在国际法体系中适用的目的。因此，应当重新拟订结论草案 6(2)，规定该原则必须能够适用于国际法。

报告第 110 段没有充分解释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。如果特别报告员能够在辩论的总结性陈述中作出进一步的解释，将会有所帮助。他还感到关切的是，第 110 和 111 段似乎降低了识别的门槛，以至于不符合习惯国际法识别条件的原则仍然可能以一般法律原则的形式被提升到国际法的地位。

关于该报告的第三部分，他对国际法体系内形成的一般法律原则这一类别的存在和内容仍然抱有很多疑虑。正如委员会其他委员解释的那样，报告中援引的判例法似乎不支持特别报告员得出的结论，包括结论草案 7 中提议的三种承认形式。判例法和与《国际法院规约》第三十八条第一款(寅)项有关的准备工作材料都不支持以下说法，即第二类一般法律原则独立于第一类或习惯国际法规则而存在。该报告中例举的这种一般法律原则有很多实际上是习惯国际法规则。他原则上不反对拟议的类别，但支持其存在的材料很少。这是一个问题，尽管特别报告员作出了与之相反的保证。委员会不应允许不经过缜密和严格的过程，便将某些原则提升到具有约束力的国际法的地位。正如委员会几名委员所解释的那样，演绎推理既不缜密也不严格。更重要的是，演绎推理无法证明国际社会承认这一类别的存在。

关于第一种承认形式，即核实相关原则在条约和其他国际文书中得到广泛承认，报告中援引的例子可以被描述为已被编纂进条约和其他文书的习惯国际法规则或强行法规则。在这方面，委员会其他委员已就纽伦堡原则、禁止灭绝种族、马顿斯条款和“谁污染谁付费”原则发表了评论；“谁污染谁付费”原则是源自国家法律体系的一般法律原则。似乎显而易见的是，在条约和其他国际文书中得到广泛承认并不能作为适当的承认形式载入结论草案。

关于第二种承认形式，该报告第 138 段指出，就条约国际法或习惯国际法的一般规则所依据的一般原则而言，这些原则的存在所需的承认似乎是由基于这些原则的规则被普遍接受推断而来。他认为，这种说法暴露了识别习惯国际法的过程与承认一般法律原则的过程之间的混淆。推断或演绎的使用也削弱了这种核实方法的适用性。报告中提到了三个判例，但在他看来，没有一个判例支持特别报告员就这种承认形式和相关方法所作的结论。该报告第 145 段指出，以这种方式识别的原则可以“独立于条约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”。他不理解，如果没有条约国际法或习惯国际法规则，如何从中推导出一般法律原则。

第三种拟议的承认形式，即核实一项原则为国际法体系的基本特征和基本要求所固有，即使在理论上也难以理解。这些基本特征和基本要求是什么？它们是什么时候形成的？它们是如何通过演绎来移置的？国际社会是如何创设它们的？他同意委员会其他委员所表达的关切，即特别报告员将第三种拟议的承认形式等同或混同于强行法的规范。因此，如果一项强行法规范被创设出来，会通过演绎自动成为一般法律原则。此外，在援引自国际法院判例的例子，即“边界争端”（“布基纳法索/马里”）一案中，法院肯定了依法保有原则的一般性；换言之，法院肯定了依法保有原则不是与特定国际法体系或特定区域有关的特定规则这一事实。法院没有考虑的问题是，该原则是否体现了国际法体系的基本特征和基本要求。

最后，他说，委员会应保留在国际法体系内形成一般法律原则的可能性。然而，对于这类原则，很少有材料支持与积极规则和条件有关的说法。因此，他建议将涉及国际法体系内形成的一般法律原则的拟议结论草案，包括结论草案 7 改为“不妨碍”条款，案文如下：“本结论草案不妨碍国际法律体系内可能形成的任何一般法律原则。”

尽管他对结论草案 7 提出了一些批评，但他建议将所有结论草案移送起草委员会。

下午 3 时 55 分散会。