

一般法律原则的国际法渊源定位

● 娄卫阳

(华东政法大学 国际法学院, 上海 200063)

摘 要: 一般法律原则从提出之日起,其国际法渊源地位就受到许多公法学者的质疑。有学者认为其与国际法基本原则无异,也有认为其在国际司法实践中并不重要。但是,一般法律原则作为国际法的渊源也得到了许多权威国际公法学者的支持,并通过《国际法院规约》第38条加以明确规定,而且还有丰富国际法实践加以佐证,其地位毋庸置疑。

关键词: 一般法律原则; 国际法渊源; 国际法基本原则; 国际习惯

中图分类号: D99 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-3054(2019)02-0059-04

一般法律原则作为国际法渊源地位的争议由来已久。有学者认为一般法律原则不是国际法渊源^[1];有学者认为一般法律原则只是辅助性渊源,位阶低于条约和国际习惯^[2];有学者认为一般法律原则是国际法原则,而非国内法原则^[3];还有学者认为不可能有“文明各国”所承认的一般法律原则。一个原则、一项制度或者一种学说,如果要有公信力,则需要国际法理论基础的逻辑分析、条约的明晰,以及国际法实践的佐证。鉴于此,本文通过对国际公法学者的理论辨析、《国际法院规约》第38条的解释以及一般法律原则的国际法实践,揭示一般法律原则的国际法渊源“正统”地位。

一、一般法律原则作为国际法渊源的理论辨析

一般法律原则在被提出的时候就是妥协的产物,而一般法律原则作为国际法渊源被质疑其存在的必要性,是因为一般法律原则容易和国际法基本原则相混淆。

(一) 一般法律原则的提出

1920年2月,为了设立常设国际法院做准备,国际联盟理事会第2次会议任命了法学家顾问委员会,商议制定《常设国际法院规约》。在各国提交的草案中,委员会主席比利时人德康(Descamps)建议,常设国际法院应适用的法律包括“条约”“普遍承认的习惯”“文明各国的法律良知所承认的国际法规则”。美国委员鲁特(Root)对于第三项的含义表示不解,认为“是否有可能迫使国家把争端提交给一个将不仅仅执行法律,而且还要执行它认为是文明各国良

知的法院”。在讨论过程中,菲力莫尔(Phillimore)的观点起到重要作用,最后他和鲁特共同提出德康提案修正本,将第三项表述为“文明各国所承认的一般法律原则”^[4]。因此,作为国际法渊源的“一般法律原则”是经过早期公法学家共同讨论的结果,至少这是一种形式上的认同。

对于一般法律原则的内涵,则有不同的观点。王铁崖先生总结下来,主要有三种不同见解:其一,一般法律原则是国际法的一般原则,或者是国际法的基本原则;其二,一般法律原则是“一般法律意识”或者所谓“文明国家的法律良知”所产生的原则;其三,一般法律原则为各国法律体系所共有的原则^[5]。关于见解一,实际上是对一般法律原则作为国际法渊源地位的否定;关于见解二,是德康作为自然法学派的观点,这种观点在制定《常设国际法院规约》的过程中被修正,正如王铁崖先生所说“事实上,作为国际社会成员的国家有各种不同的社会经济制度,不可能有一种‘一般社会意识’或‘共同的法律意识’,因而从这样的抽象的基础上是无法引申出具体的一般法律原则的。”关于见解三,本文认为是一般法律原则的正确内涵。

(二) 一般法律原则与国际法基本原则的区别

王铁崖先生认为“所谓国际法基本原则,不是个别领域内的具体原则,而是那些被各国公认的、具有普遍意义的、适用于国际法的一切效力范围的、构成国际法的基础的法律原则。”国际法基本原则应同时具有公认性、普遍性和基础性。我们常见的国际

收稿日期: 2018-11-25

作者简介: 娄卫阳(1991-),男,江西鹰潭人,华东政法大学2016级国际法专业博士研究生,主要从事国际法、欧盟竞争法研究。

法基本原则就是《联合国宪章》规定“主权平等原则、不干涉他国事务原则、禁止使用或威胁使用武力原则、和平解决争端原则、尊重人权原则,以及民族自决原则。”

国际法基本原则和一般法律原则都要达到一种“各国”公认的程度,这是二者相似之处,也是导致二者容易混淆之处。但是,国际法基本原则与一般法律原则还是有重大区别,表现为以下几点:

1. 地位不同

国际法基本原则是国际法体系的基础,是国际法其他规则的“母体”和源泉^[6];一般法律原则其内容是国内法规范,要从国内法的原则和规范中寻找。

2. 适用范围不同

国际法基本原则要求具有普遍适用性,即在国际法所有领域都能运用并都能起到指导的全面性原则,比如国家主权原则就可以适用于国际法所有的领域;一般法律原则有许多程序性规则只能适用于某些特定领域,比如间接证据原则,只能适用于司法程序中。

3. 作用不同

国际法基本原则可以填补国际法规则可能存在的空白,或者在出现两种或更多解释时帮助确定何种解释优先,但它不能单独作为法院判案的依据;一般法律原则作为《国际法院规约》第38条明确可以适用的法律依据,可以单独作为法院判案的依据。

二、《国际法院规约》关于一般法律原则的定位

《国际法院规约》第38条作为国际法渊源的权威说明,得到了国内外权威国际公法学者的承认,其第1款规定:法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(子)不论普遍或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规则者;(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者;(寅)一般法律原则为文明各国所承认者;(卯)在第59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。

(一) 一般法律原则的认定

就法理而言,《国际法院规约》第38条似乎应该解释为国际法与国内法共有的基本原则。例如,诚实信用原则、契约神圣原则、权利滥用的禁止、尊重既得权益、自卫权、时效原则等。这里还有两个问题值得讨论:其一,“文明国家”为何?这自然不是西方国家所谓的基督文明国家,而应是指全体国际社会成员而言。我们以为凡是能依据国际法享受权利与承担义务的国家,即为“文明国家”。其二,所谓“文明各国所承认”的标准为何?要多少国家承认方为有效?这个问题没有标准答案,应视当事者对于此

项法律原则的认知与解释来确定。

(二) 一般法律原则作为国际法渊源的位阶

《国际法院规约》第38条只是对法院的国际法依据进行了条约、国际习惯和一般法律原则的三元分类。但是,这些国际法组成部分的排列顺序并无意于表明法律上的位阶,而只是表明当根据国际法裁决争端时,在正常情况下,国际法官头脑中将会出现的这些国际法组成部分的顺序。没有什么能阻止这三类国际法规则或原则同时出现在法官的脑海中。法官只是在这三类国际法规则或原则中寻找适合案件的相关规则。

也有学者认为,一般法律原则是指国际条约或国际习惯以外的法律原则,国际法院在国际条约和国际习惯不足以解决问题时,才可类推适用国内法的一般法律原则裁决案件,惟该原则必须取自绝大部分国家内国法体制中共通规定^[7]。其实,在草案的讨论过程中,德康希望对法律渊源划分位阶,然而里奇·布阿蒂(Ricci-Busatti)对“下列顺序”的措辞表示反对,他认为法官应该同时考虑彼此联系的各种法律渊源。最后,条款草案中“下列顺序”的措辞被删掉了,列举被认为只是按照法院想起这些法律规则或原则的逻辑顺序进行排列。

(三) 一般法律原则与国际习惯的区别

一般法律原则与条约和国际习惯并列为国际法三大渊源,其本身是独立于条约和国际习惯的。因此,作为国际法渊源的一般法律原则,相比条约和国际习惯而言,有其独特之处。在三个法律渊源中,条约因其形式特点很容易和其他两个渊源区别开来。但是,广义上理解的国际习惯可以包括所有不成为国际法,即习惯和一般法律原则,所以习惯和文明各国所承认的一般法律原则区别不是很清楚。因此,《国际法院规约》在狭义上使用习惯一词,对国际习惯进行限制解释,即作为通例之证明而经接受为法律者。

即便如此,一般法律原则与国际习惯的特征仍然容易混淆。比如,现在被认定为一般法律原则的“禁止反言”原则,在常设法院审理的塞尔维亚公债案中,就有法官认为该原则是属于国际习惯法的一部分还是属于一般法律原则,并不是十分清楚^[8]。因此,有必要对一般法律原则和国际习惯的特征加以分析,明确其区别所在。本文认为他们的区别可以归纳为以下几个方面:

1. 内容不同

国际习惯本身是一种国际法规范,而一般法律原则来源于各国的国内法律体系,它实质上是各国的国内法规定,只是赋予了国际法规范的效力。

2. 确定国际法规规范存在的方式不同

一般法律原则通过查明各国国内法规共同的法律原则,其过程更多是一种对比相似度的过程。因此,可以说国际法庭在适用一般法律原则时,只是发现了潜在的规则,而并没有创立新的规则。但是,也有学者认为,虽然国际法院或法庭在不少案件中援引过一般法律原则,但阅读判决意见可以发现,对于法院是如何知晓某一原则是文明国家所公认的这一问题难以定论^[9]。确认国际习惯法规则,必须寻找国际法的证据,这就需要考查通例形成的物质要素。这种通例需要满足时间要素、数量要素和行为要素,即通例从出现到演变为国际习惯需要一定的时间,一定数量的国际实践,以及国家实践的同一性。

3. 各国承认的方式不同

由于各国的国内法律体系是各国国家意志的体现,各国对自己的法律体系的“承认”已经体现在其国内法律规定中,并依据法律体系进行司法实践和国家实践。因此,一般法律原则的确认不需要各国另作承认的表示。国际习惯的形成还要符合“心理因素”,即各国在实践中逐步认为其重复的实践出于法律义务感。“心理因素”的存在与否是非常难以证明的事情,这涉及到许多法律因素和政治因素。所以,国际法院在确定了物质因素后,通常推定国家存在“心理因素”。

值得一提的是,本文虽然围绕《国际法院规约》第38条探讨一般法律原则的地位,但一般法律原则作为国际法庭的判案依据并不仅限于此。例如,《国际刑事法院规约》第21条第1款第3项规定“无法适用上述法律(即《国际刑事法院规约》、国际条约以及国际法原则和规则)时,适用本法院从世界各法系的国内法,包括适当时从通常对该犯罪行使管辖权的国家的国内法得出的一般法律原则。”从这个条文看,一般法律原则作为国际刑事法院判案依据时,其效力位阶却又低于条约和国际习惯。

三、一般法律原则的国际实践

一般法律原则被国际法院或其他裁判机构适用时,可能通过以下两种方式:其一,辅助渊源,即案件已经依据条约或国际习惯作出结果,适用的一般法律原则对于案件的结果而言并不是不可或缺的,它只是加强了判决的说理性;其二,主要渊源,即法院依据一般法律原则作出判决,一般法律原则作为判案的国际法依据。第一种情况的案件较多,这也说明了国际司法机构裁决案件一般是在条约和国际习惯缺位时才适用一般法律原则,它是一种补充性的国际法的渊源。然而,第二种情况能够真正体现一般法律原则的国际法渊源地位。

(一) 常设国际法院

在1927年的霍茹夫工厂案中,常设国际法院在管辖权问题上适用了“没有人应当从自己的不法行为中获益”的原则。常设国际法院在裁决中指出:“国际仲裁的判例法和国内法院普遍接受的一个原则是:如果一当事方通过不法行为,阻止了另一当事人履行有关义务或者诉诸本来会接受其案件的法庭,则该当事方不能利用另一方没有履行某项义务或没有采取某些救济措施的事实。”

根据1920年7月14日和1922年6月1日颁布的法律,波兰政府没收了霍茹夫工厂,但它没有遵守1922年《日内瓦公约》规定的程序。关于程序,该公约规定未经事先通知实际所有人或表见所有人,不得剥夺其财产,这样就为该所有人提供了诉诸德国一波兰混合仲裁庭的机会。由于没有遵守《日内瓦公约》规定的程序,波兰非法剥夺了另一方诉诸混合仲裁庭的机会。常设国际法院裁决认为,波兰现在不能基于“混合仲裁庭有管辖权,而德国没有诉诸混合仲裁庭,因而违反了《日内瓦公约》”的理由,阻止德国向常设国际法院提起诉讼。因此,常设国际法院对本案具有管辖权。

(二) 国际法院

在1949年英国诉阿尔巴尼亚科孚海峡案中,国际法院适用了间接证据原则支持了英国一方。法院在接受通过事实推断或间接证据进行的证明时,判决指出“所有法律制度都承认这种间接证据,并且国际判决也认可使用间接证据。如果间接证据是基于一系列彼此相关,并且从逻辑上可以导致一个不折不扣的结论的事实,则必须被认为具有特殊的重要性……可以依据事实推断进行证明,只要对于这些事实推断不存在合理怀疑的空间。”

根据所确定的事实,即阿尔巴尼亚在可以埋设水雷的整个期间都严密监视科孚海峡,以及在该期间任何埋设水雷的行为都会被阿尔巴尼亚境内设立的观察哨发现。法院最终得出结论认为,导致1946年10月22日在雷区发生爆炸的埋雷行为不可能在阿尔巴尼亚政府毫不知情的情况下完成。换言之,可以证明阿尔巴尼亚政府是知道此事的。这使得法院支持了英国的赔偿请求。

(三) 其他国际法庭

一般法律原则在国际法的传统范围内因争议重而未能发挥作用,但在国际行政法庭的司法实践中却被证明大有用武之地^[10]。一方面因为这种无法可依的情况在国际行政法庭的司法过程中极为常见,法庭迫切需要解决问题的办法;另一方面也因为各行政法庭没有国际法院那么多的顾虑,这使得一般

法律原则作为填补“法律罅隙”的方法在行政法庭的实践中得到了广泛运用^[11]。

有关国际环境保护的一般法律原则作为应急的、补遗性的存在而构成国际环境法的一个独立的渊源。在一些国际环境纠纷中,由于缺乏相关的国际条约和习惯,国际司法机构曾使用过一般法律原则进行裁判。如太平洋海豹仲裁案、特雷尔冶炼厂案、核试验案中国际仲裁庭和国际法院就援引过善意原则^[12]。国际刑事领域的法律体系正在发展阶段,充斥着国际法规范的漏洞,因而一般法律原则尤其适用于国际刑事领域。在国际刑事领域,新设立的特设国际刑事法庭经常诉诸为世界主要法律体系的普通法系和大陆法系所承认的刑法的一般原则。

詹宁斯和瓦茨也认为,在国际法院成立以后,很多国际法庭虽然不受《国际法院规约》的约束,但都认为第38条第3款是宣示现行法律的,而且在作出它们的判决时曾经依据过一般法律原则。

四、结语

一般法律原则作为国际法渊源经常受到质疑,主要是由于它与国际法基本原则、国际习惯的混淆,以及在国际实践中经常作为辅助性渊源的作用。但是正如《国际法院规约》第38条所示,一般法律原则是一种独立于条约和国际习惯的法律渊源,并且在适用上不会必然位于条约和国际习惯之后。国际法庭大量的实践也表明,一般法律原则可以单独作为法院判案的依据,在新的国际法领域,一般法律原则发挥着更为重要的作用。因此,本文认为一般法律原则作为国际法渊源的正统地位不容置疑。

参考文献:

- [1]周鲠生. 国际法:上册[M]. 北京:商务印书馆,1981:9-14.
- [2]鲍威尔. 国际公法规则之冲突[M]. 周忠海,周丽瑛,马静,等译. 北京:法律出版社,2005:149.
- [3]罗国强. 一般法律原则的困境与出路——从《国际法院规约》第38条的悖论谈起[J]. 法学评论,2010(2):81-82.
- [4]郑斌. 国际法院与国际法庭适用的一般法律原则[M]. 韩秀丽,蔡从燕,译. 北京:法律出版社,2012:7-16.
- [5]王铁崖. 国际法[M]. 北京:法律出版社,1995:15-16.
- [6]王虎华. 国际公法学[M]. 北京:北京大学出版社,2015:49.
- [7]Max Sorensen. Manual of Public International Law[M]. New York: St. Martin's Press, 1968:147.
- [8]See MacGibbon I C. Estoppel in international law[J]. International & Comparative Law Quarterly, 1958, 7(3): 468-513.
- [9]Schlesinger R B. Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations[J]. American Journal of International Law, 1957, 51(4): 734-753.
- [10]詹宁斯,瓦茨. 奥本海国际法:第1卷第1分册[M]. 王铁崖,陈公绰,汤宗舜,等译. 北京:中国大百科全书出版社,1995:24.
- [11]邓烈. 国际行政法庭与国际法渊源[J]. 法学评论,2004(5):87.
- [12]刘惠荣,董跃编. 国际环境法[M]. 北京:中国法制出版社,2006:6.

(责任编辑:刘元君)

General principles of law as a source of international law

LOU Wei - yang

(East China University of Political Science and Law , Shanghai 200063 China)

Abstract: General principle of law was once questioned as a source of international law because of the confusion between general principle of law, fundamental principles of international law and customary international law. Some scholars think general principles of law can't play an important role in international judicial practice. However, the Statute of the International Court of Justice and a large number of international courts' practices show that general principle of law can be used as a direct source of law and become the legal basis for the courts' judgment. It is undeniable that general principle of law is a source of international law.

Key words: general principles of law; source of international law; fundamental principles of international law; international custom