

引 论

本论文主要研究私法对国际法的影响,这种影响既来自于、又反映在法学和规范两个层面上。为了论述的方便,我们一般对作为学科意义上的民法和国际法与作为部门法意义上的民法和国际法不作严格的区分。在正式开始这一研究之前,首先弄清楚这样一个问题无疑是有必要的,即这种研究在理论上和实践上对私法与国际法具有怎样的意义?

—

在开首的这段文字中,我使用了两个不一样的词——私法和民法。一般认为,虽然私法一词所指的范围要大于民法一词,但这两个术语通常可以互换。正如几位比较法学家所说,就像“公法”一词常用于指代行政法一样,“私法”也常与民法交替使用。^{〔1〕}沃森则说,民法“这个术语直到现代仍然用来指私法,与刑法或军法相对称”。^{〔2〕}所以,本论文在使用这两个术语时也没有对它们加以严格的区分,但考虑到公法与私法主要是一种学理的分类,使用私法一

〔1〕 格伦顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,中译本,中国政法大学出版社1993年版,第68页。

〔2〕 艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,中译本,中国政法大学出版社1992年版,第2页。

词更能凸现其学术意义。

在人们看来，民法作为整个法学和所有部门法的基础似乎是不言而喻的。著名的比较法学家达维德指出，由于历史原因，民法“首先是为了规定公民间的关系而制定的；法的其他部门只是从‘民法’的原则出发，较迟并较不完备地发展起来的，民法曾经长时期是法学的主要基础”。“各国都依靠法学家们在法律上反映新的哲学和政治思想与制定法的新门类，而这些法学家都是通过同样的民法学习培养出来的。新的规定非常自然地是以民法为榜样，或至少以民法为起点而制定出来的；民法在我们的各类法律中起了基础学科的作用，法的其他门类曾以其为模式（行政法）或为某些类的关系努力使之完善（劳动法）”〔3〕梅利曼也说，“大陆法系所运用的主要法律概念、法律的基本结构以及基本法律制度，无一不是直接从民法中推演和发展起来的。法学研究方法的形成也是由于民法学家的努力。在民法领域中发展起来的系统化、概念化的结构，最后为其他法律部门所采用。……运用于整个法律制度的一般法学理论是由民法学家发展起来的。……对民法的研究是对其他部门法研究的前提，民法是大陆法系法学家的思想发源地”〔4〕例如，“在历史上，法解释学长期依附于民法学，而研究解释方法属于民法学者的附带工作。因此，在法学史上，民法解释学即等于法解释学，民法解释学即等于民法学”〔5〕

行政法学者也承认，民法在如下几个方面的理论或规定为行政法全盘接受：国家财产权的移转性，侵权行为及损害赔偿，金钱债权的效力（包括连带债务、担保权和迟延利息）与消灭原因，无因管理和

〔3〕 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，中译本，上海译文出版社 1984 年版，第 25、80—81 页。我国学者也提到了劳动法律关系可以适用民法的一般规定，参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 24 页。

〔4〕 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，中译本，西南政法学院法制史教研室，1983 年，第 77 页。

〔5〕 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 162—163 页。

不当得利。^{〔6〕} 吴庚将民法对行政法的影响分为两种情况：“一系真正之类推适用，一系视民法规定为一般法规范而直接适用。前者例如在行政程序法未制定前，有关期日、期间及行为能力等之类推适用民法条文；后者例如诚实信用、公序良俗等原则之适用。”^{〔7〕} 刘春堂认为，“国家损害赔偿责任，是以民事责任发生原因之一的侵权行为为基础而产生的”。国家赔偿法上的损害赔偿的范围、过失相抵原则、非财产上损害赔偿等事项，都是适用民法的规定，所以“国家赔偿法为公法兼具私法性质”。^{〔8〕} 许多国家关于国家赔偿的立法和判例都是以民法的原则和规则为基础而产生出来的，有时甚至直接规定或适用民法的原则和规则。^{〔9〕} 还在我国实行有计划的商品经济时期，两位年轻的民法学者就指出了民法方法对经济行政法方法的影响。这种影响“表现在多方面，例如基本建设拨款改为银行贷款，通过民法的信贷合同方式管理基本建设资金；再如当经济管理机关因行政行为不当给下属的经济组织造成损失的，必须根据民法的损害赔偿的原则给予补偿。随着我国商品经济的发展，民法的合同将会延伸到纵向的行政管理领域并在其中发挥作用。合同能够对计划工作的综合平衡提供必要的市场信息，也能够落在落实各种形式的责任制中起到纽带的作用。合同还将对沟通国家与地方的关系、中心城市与企业的关系中起到行政手段不可能达到的作用，它对于改善国家的行政管理具有重要意义”。它“实质上是经济行政法方法的运用必须遵守价值规律的要求，尊重企业和劳动者的自主性和积极性，不能用过去那种单纯的行政命令的方法，更不能用长官意志来管

〔6〕 参见林纪东：《行政法》，修订再版（台）三民书局 1994 年版，第 34—36 页。

〔7〕 吴庚《行政法之理论与实用》，增订三版（台）三民书局 1996 年版，第 33 页。

〔8〕 刘春堂《国家赔偿法》，第五版，（台）三民书局 1994 年版，第 2、13、15 页。

〔9〕 参见城仲模：《行政法之基础理论》，增订新版（台）三民书局 1994 年版，第 667—724 页。例如，台湾地区“国家赔偿法”第 5 条规定，“国家损害赔偿，除依本法规定外，适用民法规定”。

理经济”。^{〔10〕}这一论述已为我国现行的社会主义市场经济的实践所证明。

梅因这样谈到他对古代刑法的认识,“我曾以为:原始法律学会以近代所不知道的优先给予犯罪法。这种说法完全是为了方便起见,但事实上,对古代法典的仔细考察使我们知道,它们以非常的数量揭示的法律并非真正的犯罪法。所有文明制度都一致同意在对国家、对社会所犯罪行和对个人所犯罪行之间,应该有所区别,这样区别的两类损害,我称之为犯罪和不法行为,虽然我并不认为这两个名词在法律学上是始终这样一致应用的。古代社会的刑法不是‘犯罪’法,这是‘不法行为’法,或用英国的术语,就是‘侵权行为’法。被害人用一个普通民事诉讼对不法行为人提起诉讼,如果他胜诉,就可以取得金钱形式的损害赔偿。我们试参考该雅士在‘评释’中根据‘十二铜表法’对刑事法律学所作的讨论,可以看到,在罗马法所承认的民事不法行为的开头有盗窃罪。我们在习惯上认为专属于犯罪的罪行被完全认为是不法行为,并且不仅是盗窃,甚至凌辱和强盗,也被法学专家把它们和扰害、文字诽谤及口头诽谤联系在一起。所有这一切都产生了‘债’或是法锁,并都可以用金钱支付以为补偿。……因此,如果一种侵权行为或不法行为的标准是:被认为受到损害的是被损害的个人而不是‘国家’,则可断言,在法律学幼年时代,公民赖以保护使不受强暴或诈欺的,不是‘犯罪法’而是‘侵权行为法’”。^{〔11〕}韦伯也认识到:“现代刑法理论认为,公众关心的是违反规范者得到道德的或合适判决的报应。这种关心通过国家机关对罪犯的惩罚体现。另一方面,对私人权利的侵犯,是由受害方决定补救,并且补救的结果不是惩罚,而是恢复由法律保障的原状。但是,即使在今天,这一区别也不是泾渭分明的。”^①刑法和侵权行为法之间

〔10〕 梁慧星、王利明:《经济法的理论问题》,中国政法大学出版社 1986 年版,第 93 页。

〔11〕 梅因:《古代法》,中译本,商务印书馆 1959 年版,第 208—209 页。

起初并无差别”因为在‘原先,所有‘义务’毫无例外是私犯带来的义务’。^[12]难怪在完成《罗马法教科书》的翻译之后,黄风深有体会地说:“从一定意义上讲,民法(罗马法恰恰为它奠定了基础)是一切部门法的基础,其他各种法可以说都是从不同侧面对民事法律关系和基本原则的保护、充实和发展,或者为它们的完满实现创造必要的法制条件和环境。作为一名刑法学者,研读了罗马法著作之后,我似乎进一步悟出了现代刑法学说和规范的道理,并且认为人们可以而且应当从现代民法学中去探寻解决刑法学疑难问题的根据和方法”。^[13]

何以如此?林纪东先生认为,私法早于公法而发达,历史悠久;私法的规定甚为完整,对于一般法律问题,皆有规定可据;而且私法所规定的多为一般法理,因此,除了公法有特别规定的外,公法可以适用或类推适用私法。^[14]苏号朋博士更是从私法文化的高度对此作了解析。他说:“在众多的部门法中,民法仅是其中之一而已,与刑法、诉讼法、行政法等均为处于宪法之下的第二层级的法律,称之为‘文化’而超于其他部门法之上,似乎有哗众取宠之嫌。其实,任何一个了解西方法律发展史的人都会有这样一种认识,在基本上为一元化的西方法律史中,发展得最完备、最引人注目、最为学者所看重并致力于研究和开拓、最有力地推动社会发展、最深入人心、影响人们思维与行为的法律非私法莫属,而私法无疑是以民法为基础,并以民法为主干。民法是与人类社会、经济生活连接最为紧密的法律部门。作为市民要求的反映,民法的理念、原则、规范集中体现了人类文明、进步的生活的基本规则和社会成员对权利的向往和追求。民法之为‘法’,其实是将这些基本规则和追求赋予了法律的成分,而其

[12] 韦伯:《论经济与社会中的法律》,中译本,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 44、45、46 页。

[13] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,中译本,中国政法大学出版社 1992 年版,“译后记”。

[14] 林纪东前引书,第 32—33 页。

营养源泉则是深深根植于人类文明的发展之中。民法自身也因其对人类生存的关怀而融入文明的洪流，推动着社会的进步。有关平等、自由的观念，往往都是先在民法中予以确认，而后方见诸于宪法的。民法的许多理念几乎不需经过任何加工即可成为法哲学的研究对象，成为整个法学发展的向导”。^{〔15〕}所以，沃森说：“民法典不管是在哪里，都往往被当做整个法律制度的核心”。^{〔16〕}

然而，正是因为人们觉得上述观点乃是自明之理，所以不论是在西方还是在中国，专门而系统地研究私法对某一部门法的影响的著作都不是很多。就私法对国际法的影响而言，西方法学界虽然一直有将罗马法及其随后发展起来的私法原理类比适用于国际法律关系的传统，但系统地论述私法在国际法上的地位和作用的专著并不多见。该研究领域的巅峰之作无疑非劳特派特在 1927 年发表的博士论文《国际法的私法渊源及其类比》莫属。但劳氏主要是从国际法出发，而不是按照私法的结构和体系来论述。而且，由于受普通法传统的影响，他的论述侧重于实证的角度。此外，他的论述显得有些零乱和重复，缺乏系统性。^{〔17〕}我国对此竟告阙如，只有国际法学者潘抱存在《中国国际法理论探讨》一书中以一章的篇幅（总共不过 13 000 字）述及了“民法原理与国际法”，^{〔18〕}民法学界迄今尚无人论涉。显

〔15〕 苏号朋：“民法文化：一个初步的理论解析”，载于《比较法研究》1997 年第 3 期，第 242 页。

〔16〕 沃森前引书，第 172 页。

〔17〕 在他后来所发表的许多论文以及为修订《奥本海国际法》第九版而作的准备稿中，他反复地强调了“私法渊源及其类比”中所表述过的观点，常有大量的段落论述各种私法原则和规则对国际法的影响。参见其子 E. 劳特派特所编的四卷本《国际法：劳特派特文集》。

〔18〕 潘抱存：《中国国际法理论探讨》，法律出版社 1988 年版，第 83—101 页。该书虽然分为“国际法上的基本权利和义务，国际法律人格，国家的领土主权和经济主权，国家代表、国家继承和国家责任，国际条约”五节加以论述，但它的篇幅实在太过短小，因而显得有些空泛，而且缺乏系统的对比论证。当然，对于一本旨在提供一种思路的书而非专著而言，这样求全责备是不恰当的。

然，探讨私法原理对国际法学的影响，一方面在于弥补这一不足，另一方面在于通过具体而实际的论证，加强和深化人们对民法学作为整个法学基础的一般意义和功能的认识。而对于国际法来说，这种研究的意义更为重大。

二

众所周知，人类的法律意识及其经验首先成熟于国内社会，因此，国内法的产生比国际法出现于由国家结成的国际社会要早得多。这样，产生在后的国际法的形成和发展就不可避免地会受到已相当完善和发达的国内法的影响。^{〔19〕}这是自明之理。一位英国学者说得不错，国际法不过是“人们期望把国内现存的法律秩序扩大运用于国家间关系领域里去的各种努力所产生的结果”。^{〔20〕}换言之，人们将国内法的概念、原则和规则、制度类推适用于国家之间的关系，近代意义上的国际法才因此而得以确立，国际法学亦成为一门显学。由于罗马法是“欧洲法制的基础”（孟德斯鸠语），是古代国内法的“典型表现”（梅因语），^{〔21〕}它的完善和发达程度达到了“一切后来的法律都不能对它做任何实质性修改”的极峰，^{〔22〕}所以这种类推适用首当其冲的就是罗马法，而它的精华则是私法。“的确，罗马法被认为是那种一般的或普遍的法学，一些大陆作家甚至认为它的创造和发

〔19〕 R. Quadri 指出，“国际法学趋向于按照与国内法学比较的方式构成它的大部分内容。一般原则是那些得到了具有权威性的普遍公意支持的原则，这些原则本身最经常是以国内法的方式制造的，因为国内法律经验比国际经验更加悠久和更加丰富；然而，国内法不应被视为一种渊源，而仅仅是各国的意识（良知）状况的说明，就各种情势之间的意识状况具有相似性而言，它对国际秩序同样是决定性的”。转引自 *International Law in Comparative Perspective*, edited by William E. Butler, 1980, p. 44.

〔20〕 费尔萨姆：《外交手册》，中译本，中国社会科学出版社 1984 年版，第 117 页。

〔21〕 转引自法学教材编辑部《罗马法》编写组：《罗马法》，群众出版社 1985 年版，第 48 页。

〔22〕 《马克思恩格斯全集》第 21 卷，第 454 页。

展是当代法理学的一项紧迫的任务。”所以劳特派特说，国际法理论最初的构建“与罗马法及其随后发展起来的私法有着密切的联系，并且天衣无缝，使人看不出其私法本源的痕迹”。^[23]

在《跨国法》一书中，杰塞普曾以‘摩诉法’、‘西诉东’和‘小诉大’三场戏剧为例，说明了夫妻离婚与殖民地和母国分离、美国的东部地区和西部地区与发达国家和发展中国家，以及公司大股东和小股东与强国和弱国之间关系的可比性。他问道，“虽然国内舞台和国际舞台之间在组织结构和活动程序上有着巨大差别，但如果我们发现国内戏剧和国际戏剧有共同的要求，难道在前者的解决方法中更丰富的经验对后者的解决方法不能有所帮助吗？”^[24]确实，人类的知识和经验是相通的，这些知识和经验在不同的领域也是可以互用的。美国就曾有一个“法律的经济分析学派”主张用经济学上的交易成本理论来处理一些法现象，包括国际法现象。他们的观点很能说明问题，也相当有趣。这就是罗伯特·考特和托马斯·尤伦对有关水资源与海洋的所有权和使用权的法律规则的经济分析。为解决对水资源使用权和所有权的争执，英国法最初确定的规则是先占，即“时间优先，权利优先”原则。这样，这类权利就归属于沿岸土地所有者，他的最主要的权利是让河水流经其土地。“由于水权的最基本属性是流动权，所以如果河上游使用者让过多的河水流入他的土地以致损害了下游使用者的权利，这就意味着是对他人权利的侵犯。因此，上游使用者不能把太多的水分流，以至于造成下游水量的严重减少。”为了防止非生产性、投机性的所有权及使用权，河岸所有者的水权仅限于在自己的土地使用水流，即不得将河水引流转卖给远离河岸但需要使用水的人。这些是对先占原则的补充。此即“自然流动理论”。它早期曾被美国全盘接受下来。由于水作为工业动力资源和干旱地

[23] H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927 p. 26; *International Law: The Collected Papers*, Vol. 2, p. 180.

[24] P. Jessup, *Transnational Law*, 1956, p. 16，并参见第 16 页以下。

区农牧业主要依赖的巨大需求，人们有时不得不改变河流的天然河道与容量。于是，美国提出了与自然流动理论只有些微区别的“合理使用理论”——只要没有不合理地妨碍其他使用者的合理利用，河岸所有者可以任何方式利用水资源。

所有权及使用权与先占原则挂钩或脱钩的情况还表现在国际海洋法的发展方面。17 世纪，人们根据先占及其实际占有理论确立了公海自由原则和 3 海里领海主权原则（本文第三章将对此作进一步的论述）。这一理论的“结果是过度的捕捞投资，鲸鱼、海豹、海獭等海洋哺乳动物的某些种类已经到了濒临灭绝的地步”。随着对公海使用的不断增加，自由使用学说便为合理使用学说所取代。可捕生物资源的减少，在大陆架和深海的海床及底土上的石油、天然气、锰结核等矿物资源的发现及其商业开采成为现实，各沿海国因此而有扩大其海洋管辖范围的需要——这实际上是为了取得对这些资源的所有权和使用权。大陆架和专属经济区法律制度应运而生。对于大陆架和专属经济区以外的国际海底区域所存在的矿物资源，发达国家主张一种“私人产权”的开发方式，这里的锰结核由拥有技术和资金的私人所有和开发，国际海底管理局所要做的事只是负责登记，收取产地占用费并把它分配给各成员国。这未脱先占理论的窠臼。相反，发展中国家提出一个“公共产权制度”，主张区域及其资源是全人类的共同财产，国际海底管理局是惟一决定采矿权和利润分配的实体。最终，国际社会确立了一种类似‘你分、我选’的蛋糕分配法的折衷方式来分配采矿权。

考特和尤伦还提出，他们的理论还能适用于确定有关南极洲的产权以及一些重要的公共政策问题中，例如卫星轨道、月球、外层空间、其他行星等的产权。^[25] 这些可都是国际法上的问题。

事实上，关于河流的所有权和使用权分配的国内法实践，对国际

[25] 罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，中译本，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 174—184 页，并参见第 170—171 页。

河流的经济利用产生了不可低估的影响。对此，一些学者以联邦国家为对象作了深入的研究。胡伯通过考察瑞士联邦法院的判决及各州的实践和许多国际法著作家的意见后，认为一国不能限制其境内流到其他国家的河流的自然水流。史密思引证了 8 个联邦国家最高法院的判例以及 1917 年乌腾堡州与巴伐利亚州之间的协定，然后得出结论说它们都不符合主权者能够对其境内的水域随意处置的理论，因此“任何国家以对其他沿岸国带来损害或令它们感到损害的威胁的任何方式，采取单方面行为使用国际河流的河水，都不能被证明为正当”。克莱德·伊吉尔顿在提交给国际法协会的关于国际河流的经济利用的草案中，整个以联邦国家的判例证明了国际法上存在着河水的“公平分配”原则；在哥伦比亚河争议中，另一位学者也以德国、瑞士和美国法院的判例论证了这个原则。因此，大多数学者认为国内法的实践是对国际法上这一问题的法理“最有价值的贡献”，它们构成国际法处理该问题的“先例”。稍微保守一些的学者认为它们有助于指引国际法的“政策和原则”，因为它们是国家的“行为”，所以可以将有关的国内判例类比适用于国际法；欧洲经济委员会在 1952 年发表的报告“关于具有共同利益的河流与湖泊的水电开发的法律方面”^[26]中也持这种观点。“崔耳冶炼厂仲裁案”（Trail Smelter Arbitration）就是一个国际法庭运用国内判例作为指导国际法的典型例子。1957 年法国在她与西班牙之间“兰卢克斯湖水使用问题仲裁案”^[27]（Matter of the Use of the Waters of Lake Lanoux）中主张，只要不带来实质性的变化，一沿岸国可以不经其他沿岸国的同意而自由使用湖水的原则是德国、瑞士和美国等国法院所适用的原则。这一主张得到了仲裁法庭的支持。该法庭不仅提到了联邦国家司法

[26] Economic Commission for Europe, Legal Aspects of Hydro-Electrical Development of Rivers and Lakes of Common Interest, E/ECE/EP/136 and E/ECE/EP/98, Rev. 1.

[27] International Law Reports, 1957, p. 101.

判例，还提到了一些国际法学者对它们的引用。在考察了上述学说和实践之后，柏尼尔总结道，以直接的和类比的方式“毫无疑问，联邦国家成员邦（州）之间在该类争议中所达成的解决方法，极大地影响了各国的实践、国际法庭的裁决和国际法著作家的意见”。^{〔28〕}

据劳特派特的研究，在国际争端的司法解决过程中，利用和依赖类比国内法的方法已越来越引人注目。人们总是试图通过这种方法从各国私法中寻找能够解决国际法有关问题的规则，这既存在于当事国代表的辩论之中，也存在于国际法庭的裁决之中。^{〔29〕}

例如，素以保守著称的国际法院在“巴塞罗那公司案”中羞羞答答地说，“……促使国际法承认在国际领域有着重要和广泛的作用的国内法制度。这并不必然表示拿国际法本身的制度与国内法的相关制度进行类比，也不等于说国际法的规则独立于国内法的规则。它只意味着国际法必须承认公司实体是国内法所建立的一种制度因而必然处于国内法的管辖范围内。这反过来要求，只要产生了涉及到国家的权利的关于公司及股东待遇的法律问题，由于国际法对这种权利还没有确立它自己的规则，它就不得不提及有关的国内法规则”。“现在转向本案的国际法方面，本法院必须，正如已经指出的，从这种事实出发，即本案必然要牵涉到国内法上的那些因素——公司与股东之间的分别（所有）和共有关系——对此，不论对它们的解释有多么广泛的不同，各当事方均以此作为它们推论的出发点。如果本法院在裁判案件时无视有关的国内法制度，那么，毋需证明，这是自找严重的法律困难。本法院也会脱离现实，因为国际法没有相关的制度可供它求助。因此，本法院，如上所说，不仅承认国内法而

〔28〕 Ivan Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, 1973, pp. 249—263. 作者认为联邦国家的“州(邦)际法”影响了国际法的发展,这还体现在三个国际法事项上:边界划分、取得时效和情事不变条款。对于后二者第三、四章将要述及,而前者是一纯粹的法公问题,故在此不予论涉。

〔29〕 *International Law: The Collected Papers*, Vol. 3, pp. 129—130. 他还简略列举了这方面的一些实例

且还要提到它。这里所提到的国际法是所有国内法律体系——它们都承认其资本由股份代表的有限公司——一般承认的规则，而不是某个特定国家的国内法的规则。就所提及的这些规则而言，本法院不能修改，更不能扭曲它们。”^[30]显而易见；假设国际法庭在实践中适用了一项借自国内法的机械的制度，该制度得到了所有国内法的一致同意，这是不正确的。所发生的事实是，为了使国际法成为一种适宜于司法过程中的可行的制度，国际法庭运用了法律推理和私法类比的原理。……某个国际法庭从更发达的制度中选择、编辑或改编、嫁接了规则，结果是一个新的国际法规则的产生，它的内容历史地和逻辑地受到了国内法的影响”。^[31]

与国际法院的谨慎相比，审理美国和加拿大之间跨界空气污染案件即“特雷耳冶炼厂仲裁案”的特别仲裁法庭则大胆得多。它旗帜鲜明地指出：在本案，当事国没有提出任何国际法庭审理的有关空气污染案件要求本法庭予以注意，本法庭也不知道有此类案例。最近似的可比案件是水污染案件，但是也没有国际法庭的有关判例被引证或发现。因此，关于空气污染和水污染，可以适当使用某些美国联邦最高法院的判例作为国际法庭处理此类案件的向导。在国际案件中，类推适用美国联邦最高法院在处理州际间的准主权权利的争端中创造的先例是合适的。在不与国际法规则相矛盾的情况下，没有

[30] Harris, *Cases and Materials on International Law*, 1991. pp.581—2; L. Henkin etc. *International Law Cases and Materials*, 1986, pp.712—3. See I. C. J. Reports, 1970, p.3.

[31] Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed. . 1979, pp.16—7. 他还说，“或许最经常和最成功的国内法的类推适用是在证据、程序和管辖问题领域”。第18页。古特里奇也说过：“如果给出‘一般’或‘普遍’以及诸如此类的词的真正含义，正确的审查似乎是一个国际法官在采纳一项出自私法的原则之前必须确信它真正是所有主要法律体系都承认的原则，并且在适用它时他也不能做有悖于这些法律体系中的基本概念的事”。Gutteridge, *Comparative Law*, 2nd ed.. 1949, p.65

理由拒绝适用这些先例。〔32〕

自不必说,国际法庭的任务是适用国际法而不是国内法,它甚至可以在裁判案件时对任何一国的国内法都只字不提。但是,照后一说法那样做,有时不仅不可能,而且没有必要。事实上,国际法庭审理案件除了在极少数情况下直接适用国内法外,间接适用国内法即适用国际法而离不开国内法的帮助是常有的事。首先,在开始审理某项国际求偿时,国际法庭需要查明、解释与适用国内法,例如,凡是声称发生了国内法院拒绝司法的时候,或者凡是要求用国内法来解释条约条文的时候,或者在某些只为了阐明事实的时候。其次,国际法庭常常不得不广泛研究各国的国内法,以确定是否可以从推断出国际习惯法规则。再次,还有这样的情况,即为了有助于解决国际法上的疑难问题,国际法庭必须注意或研究国内法或国内法律结构的特征,或者在适当条件下从国内法中找到可类推适用的规则。对此,只要仔细研究一下常设国际法院及其继任国际法院所审案件中的辩护词与论据,就会知道国内法在有关案件中起着多么重要的作用。对提交给它解决的问题,法院对有关的国内法不作细致考察,就能裁判案件的事例,的确很少;相反,这两个法院在判决过程中使用最多的一个突出方法是,从当事国的控辩书状或口头辩论所援用的大量国内法资料中,很自然地离析与提出国际法问题。〔33〕

三

国际法能够借用国内法,自不待说,包括了借用私法。这种借用有两种方式:一是直接适用,二是类推适用。前者指的是国际法上所使用的私法概念,即劳特派特所说的“私法概念的明确表述”。它有

〔32〕 转引自黄惠康、黄进编:《国际公法国际私法成案选》,武汉大学出版社1987年版,第225—226页。

〔33〕 See I. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 1977, p.81

两个来源：一是国际法学家的学术著作的使用；另一个是实在国际法的某个规范性条约的规定，^{〔34〕}后者是指私法原理在国际法上的类推适用，它的出现主要是由于各种国际法庭对具体案件的裁决，但又不限于此，因为有关国家及其代理人 and 辅佐人（代表、顾问和律师等）也会在其主张和辩护中采用它，学者们随后也会展开对该成案的研究，这些都可能影响国际法庭当时或此后的裁决。从起源上说，二者在形式上有所不同，但从本质上，它们并无区别^{〔35〕}所以，我们把它们统称为私法对国际法的影响。

下面，我们就从四个方面对这种影响加以全面的考察：1. 条约和习惯国际法规则的解释；2. 国际法的逐渐发展与编纂；3. 一般法律原则的理解；4. 国际法罅漏的填补。其中，关于条约的解释，留与第四章加以论述；而对习惯国际法规则的解释，与条约的解释大体是相同的，这里也略去不论。^{〔36〕}

早先的国际法规范主要是由国际习惯构成的，“它们的缺点是缺乏精确性”。^{〔37〕}为了克服这一缺点，就有了编纂国际法的需要。从广义上说，所谓编纂，即法典化，就是把习惯国际法规则转化成国际条约的形式。它包括两种意义。依 1947 年《联合国国际法委员会公约》第 5 条：“国际法的编纂”一词是用以指在已经有广泛的各国实践、先例和学说的领域内对国际法规则进行更精确的制订和系统化。

〔34〕 劳特派特也说过，“必须把作为一个法学建设问题的私法概念的明确表述与私法类推区别开来”。The Collected Papers, Vol. 3, p. 57.

〔35〕 The Collected Papers, Vol. 3, p. 52, note 1 ; pp. 57—8.

〔36〕 比较法学家们一般认为，“在国际条约的解释、习惯国际法的一些概念和制度的正确理解方面，比较法的方法是极其有用的。像国际法中的条约必须遵守规则、情事不变条款和权利滥用理论，均根源于国内私法制度之中。惟有通过比较法，它们才能（在国际法上）充分发挥其效用”。See K. Zweigert and H. Kötz, An Introduction to Comparative Law, translated into English by Tony Weir, 1987, Vol. 1, p. 8. 劳特派特也多次指出，如果一个国际法的习惯规则或条约规则使用了一个私法上的概念，对它的解释当然就得根据私法。参见下文的有关论述。

〔37〕 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 35 页。

‘国际法的逐渐发展’一词是用以指对尚未为国际法所调整的或在各国实践中法律尚未充分发展的问题拟订公约草案。’国际实践也证明这两种意义不能分开。从这个定义中，我们可以看出，国际习惯法规则的形成和演变是与国家的立法和司法活动密切相关的，而国内法的实践必然有一部分内容涉及到私法。例如，国家及其财产豁免这个习惯规则，主要是根据一些国家的司法实践发展起来的：在美国是“交易号案”(The Schooner Exchange v. Mcfaddon, 1812)、在英国是“比利时国会号案”(The Parlement Belge, 1880)、在法国是“西班牙政府诉卡索案”(Le Gouvernement Espagnol v. Cassaux)，在德国、意大利、比利时、俄国等国家都有这样的案例。如今又有许多国家，如美国、英国、新加坡、巴基斯坦、南非、加拿大和澳大利亚等国相继制定了这方面的国内法，对传统做法作了某些限制。事实上，不论是区分国家行为和国家财产的目的（公共目的与商业目的）或是甄别其性质（主权或统治权或公法行为与非主权或事务权或私法行为）；“限制豁免主义”的根据都是国家已越来越多地参加国际经济贸易活动以及其他国际民事活动，国家的活动已不再全是传统意义上的主权活动，相反，其很大一部分活动都是一般民事活动。^{〔38〕}既然国家参加这种活动，就应该按照一般民事法律制度调整它与对方当事人的关系，而不应在发生争议时通过主张豁免取得特权地位。^{〔39〕}从国内法的角度来看，国家在其本国可以作为特殊的民事主体从事民事活动，这时也是与其本国的自然人和法人处于同等的地位。以一些国家行政法上的行政合同为例，合同的缔结虽然是政府执行公务的行为，但政府不能依其单方意志指定另一缔约方，也不能依其意志决定另一方的地位，它必须尊重对方的意志，即合同必须依双方的合意而形成；

〔38〕 国家作为财产的所有人和交换者，是 20 世纪以来最显著的变化。参见王利明：《国家所有权研究》，中国人民大学出版社 1991 年版，第 258 页

〔39〕 参见黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 15—16、21—30、59—86 页。

如政府不履行合同,另一方有权请求赔偿损失和解除合同。也就是说,合同的缔结、履行的全过程,包括争议的解决,均受私法规则的支配。^[40]在国家从事侵权行为的场合亦复如此。总之,一旦国家进入私法领域,它的权利和义务应与其所辖的私人一样受私法的调整,否则就不公平。在这个意义上说,限制豁免的主张更为合理,也得到了晚近国家实践的支持。不论将来国际法委员会在这个项目的编纂上是否接受“有限豁免主义”,可以预见,将来达成的有关条约也必然是建立在各国私法的基础之上。这一点,国际法委员会是很清楚的,因为这个问题更触及国内法(包括立法和判例法)和国际私法(其实也是国内法)范围内的问题,所以“特别报告员的主要任务是找寻国家豁免权方面国际私法的各种条例。”^[41]实际上,没有一个国际法著作

者不提及国内法院的判例以作为国际习惯法内容的证据的。^[42]

除条约和习惯外,《国际法院规约》第 38 条第 1 款(寅)明确规定文明各国所承认的“一般法律原则”为该法院裁判国际争端时所应适用的国际法。什么是一般法律原则?在理论上,自然法学派认为它是由各国的法律良知(意识)与理性所产生的那些原则,实在法学派认为它是各国法律体系中共有的原则,后一观点获得了绝大多数国际法学者的首肯。法院规约第 9 条关于法官的选举“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”的规定,以及《国际法委员会规约》对委员选举的类似规定,从侧面印证了这一观点。从国际司法实践看,各种国际法庭所适用的“一般法律原则”主要有善意、禁止权利滥用、违反法律义务负担恢复原状或赔偿的义务、不得援引自己的过错解释其法律义务、时效、禁止反言、尊重既决之案、不能充当自己案件的法官,等等。不论在理论上持何种学说,国际法学家们

[40] 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 80—190 页;王利明前引书,第八章第一节。

[41] 联合国国际法委员会第 31 届会议工作报告,中文本,第 503 页。

[42] See Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, 1965, pp. 9—14 and 94—103.

所提出的一般法律原则实际上都差不多，不外乎上面所列举的几个。这些原则“都是径由对存在于不同的法律分支——公法与私法、宪法、行政法、以及程序法——中的规则进行比较、综合和归纳的方式而成为不同国内法律体系所共同的原则。在其更广泛的意义上，它们是现代的‘万民法’”；“是自然法的现代制订”。^[43]而在这些一般法律原则当中，公认的私法原则和规则占据了无与伦比的地位。可以说：“被‘合并’到国际法中的绝大多数一般法律原则均派生于私法和民事程序法”。^[44]这一点曾被劳特派特反复强调。^[45]

比较法学家和主张用比较法研究国际法的国际法学者们认为，比较法对国际法最有助益的一项重要功能就是寻找出一般法律原则，即各国法律体系中的共同规则。他们说：“片语‘文明各国所承认之一般法律原则’指的是发现和表述在不同国家的国内法中的那些原则。这些原则只能通过比较法的方法而被查明和确认”。^[46]哈雷兹提说，必须强调的是，这是因为西方国际法学主张比较方法在发掘国内法律体系中共同的法律原则以及把这些原则适用于国际关系上

[43] The Collected Papers, Vol. 1, pp. 69—74, 74. 他还说，一般法律原则是为文明各国的法律经验视为具有一般和基本性质的明确法律格言，也是关于具体规则和情况的司法判决与国家行动的正当渊源。关于一般法律原则还可以参见王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 86—96 页；菲德罗斯著《国际法》说一般法律原则以前被称为“万民法”，见其中译本，商务印书馆 1981 年版，上册，第 183—186 页；Ian Brownlie, *op. cit.*, pp. 16—9.

[44] Michael Bothe and Georg Ress, *The Comparative Method and Public International Law*, in Butler, *op. cit.*, p. 51；还可参见该书的其他论文。

[45] The Collected Papers, Vol. 1, pp. 74, 204, 246; Vol. 2, pp. 179, 221—2.

[46] K. Zweigert and H. Kotz, *op. cit.*, p. 37 还可参见沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社 1987 年版，第 20—21 页