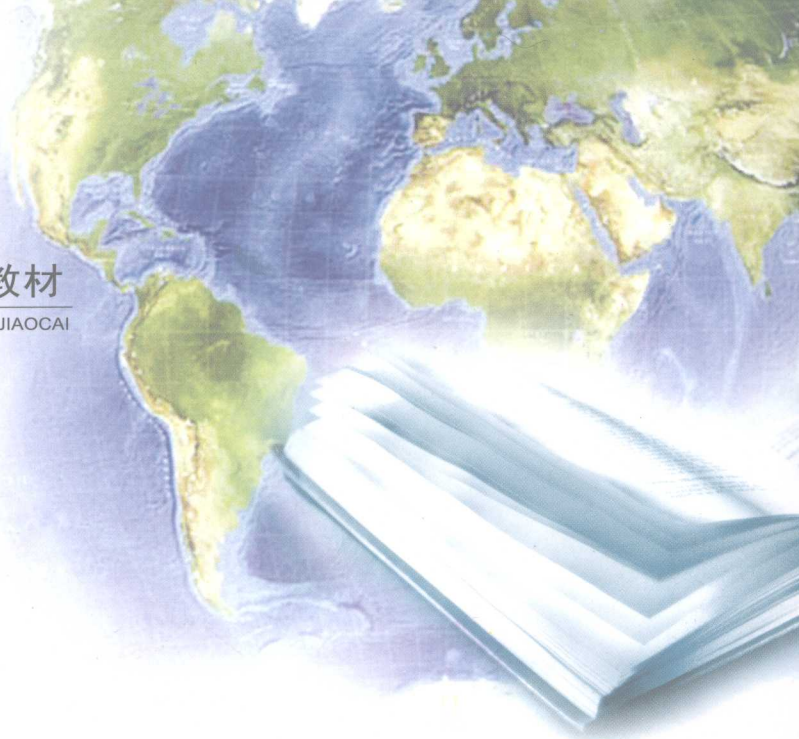




高等学校规划教材

GAODENG XUEXIAO GUIHUA JIAOCAI

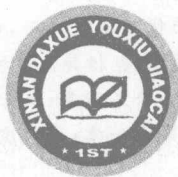


陶林 主编

国际法

GUO JI FA

西南师范大学出版社
XINAN SHIFAN DAXUE CHUBANSHE



高等学校规划教材

GAODENG XUOXIAO GUIHUA JIAOCAI

GUO JI FA
国际法

陶林 主编

西南师范大学出版社
XINAN SHIFAN DAXUE CHUBANSHE



这本《国际法》教材是由西南大学立项资助的优秀教材之一,由陶林任主编,段小松、刘伟任副主编。本书的主要撰写者为西南大学与西南政法大学教师,也包括其他高校的教师,具体分工如下:

陶林第一章;张宗清第二章;刘伟第三章;段小松第四章;张云超第五章;陶云刚第六章;胡志第七章;潘建屯第八章;王衡第九章;刘国华第十章;苏筱红第十一章;唐代虎第十二章;羊森第十三章。全书经多次修改后,由陶林最后统稿。

我们水平有限,且编写较为匆忙,书中错漏之处一定存在,望学界同仁不吝赐教。

图书在版编目(CIP)数据

国际法/陶林主编. —重庆:西南师范大学出版社,
2008.7

高等学校规划教材

ISBN 978-7-5621-4287-4

I. 国… II. 陶… III. 国际法—高等学校—教材 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 130745 号

国际法

陶林 主编

责任编辑:雷雪梅 杨光明

整体设计:周娟 钟琛

出版发行:西南师范大学出版社

地址:重庆市北碚区天生路2号

邮编:400715 市场营销部电话:023-68868624

<http://www.xscbs.com>

经 销:全国新华书店

印 刷:重庆荟文印务有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:16

字 数:410千字

版 次:2008年9月 第1版

印 次:2008年9月 第1次印刷

书 号:ISBN 978-7-5621-4287-4

定 价:29.00元

1	第一章 引论	
	第一节 国际法的概念及效力根据	1
	第二节 国际法的渊源	7
	第三节 国际法的主体	15
	第四节 国际法与国内法的关系	21
	第五节 国际法的基本原则	28
38	第二章 国际法上的国家	
	第一节 概述	38
	第二节 国家的基本权利与义务	42
	第三节 国际法上的承认	45
	第四节 国际法上的继承	48
	第五节 国家责任	51
57	第三章 国际法上的居民	
	第一节 概述	57
	第二节 外国人的法律地位	62
	第三节 庇护与引渡	67
72	第四章 国家领土	
	第一节 概述	72
	第二节 内陆水	74
	第三节 领土的取得与变更	78
	第四节 对领土主权的限制	82
	第五节 国家边界	84
	第六节 中国领土	87
	第七节 两极地区	90
94	第五章 海洋法	
	第一节 概述	94
	第二节 内水	97



- 第三节 领海 99
- 第四节 毗连区 103
- 第五节 专属经济区 104
- 第六节 大陆架 106
- 第七节 用于国际航行的海峡 108
- 第八节 群岛水域 110
- 第九节 公海 111
- 第十节 国际海底区域 114

120 第六章 空间法

- 第一节 概述 120
- 第二节 空气空间法 124
- 第三节 外层空间法 130

138 第七章 外交与领事关系法

- 第一节 概述 138
- 第二节 外交机关 140
- 第三节 外交特权与豁免 144
- 第四节 领事关系法 149

154 第八章 条约法

- 第一节 概述 154
- 第二节 条约的缔结 158
- 第三节 条约的效力 162
- 第四节 条约终止、暂停施行与无效 165
- 第五节 条约的解释和修订 167

170 第九章 国际组织法

- 第一节 概述 170
- 第二节 国际组织的一般法律制度 173
- 第三节 联合国 176
- 第四节 专门性国际组织 179
- 第五节 区域性国际组织 181

185 第十章 国际争端法

- 第一节 概述 185
- 第二节 国际争端的政治解决方法 189
- 第三节 国际争端的法律解决方法 192
- 第四节 国际组织与国际争端的解决 198

201 第十一章 战争法

- 第一节 概述 201
- 第二节 战争的开始与结束 206
- 第三节 战争的特殊限制规则 212
- 第四节 战争犯罪及其责任 215

219 第十二章 国际人权法

- 第一节 概述 219
- 第二节 人权的国际保护 223
- 第三节 中国在人权问题上的基本立场 232

235 第十三章 国际环境法

- 第一节 概述 235
- 第二节 国际环境保护制度 238
- 第三节 国际环境影响评价 245



第一章 引论

导学:本章是对国际法的主要概念和基本理论作一导引,它是掌握全书内容的钥匙。通过学习引论,以使读者对国际法的定义、国际法的渊源、国际法的主体、国际法与国内法的关系以及国际法基本原则进行初步把握和了解,以指导下列各章的学习,并为理解和掌握整个国际法学打下基础。

第一节 国际法的概念及效力根据

一、国际法的含义和特征

(一) 国际法的概念

国际法,传统上称为国际公法,是指在国际交往中形成的,主要调整国家间权利义务关系的,有法律拘束力的原则、规则和制度的总体。除国家外,国际组织、正在争取独立的民族之间的关系也受国际法原则、规则和规章、制度的约束。

国际法一词最初来源于拉丁文“Jus gentium”,即万民法。万民法是罗马法的一部分,指调整罗马公民与外国人之间以及外国人之间关系的法律,与只适用于罗马公民的市民法相对称。其实,万民法并非国际法,而是国内法。到了17世纪,被称为“国际法之父”的荷兰法学家格老秀斯(Hugo Grotius, 1583~1645)在其1625年出版的著作《战争与和平法》中,使用了“Jus gentium”来称谓调整国家间关系的法律。此时“Jus gentium”已不是原来意义上的万民法,而是指国家间的法律。此后,“Jus gentium”被转译为英文“Law of Nations”,即万国法。18世纪末,英国法学家、哲学家边沁(Jeremy Bentham, 1748~1832)认为“International Law”一词更能准确地表达国家间的法律这一含义,于是改称为“International law”,即国际法,由于这个名称科学地反映了这门法律的本质特征,为各国普遍接受,在法律文件和外交文献中成为通用名称而沿用至今。在大陆法系国家,因有区分公、私法的传统,由于国际法调整的对

象是国家之间的关系,而国家之间的关系是“公”的关系,因此把国际法也称为国际公法,以区别于主要解决国家之间民商事法律冲突问题的“国际私法”。

其实,国际法仅指国际公法,在国际法著作和国际实践中,国际法和国际公法这两个名词通常是作为同义词而加以交互使用。而国际私法实质上是国内法,因为它所调整的并非国家间的关系,而是不同国家的民商事主体之间的关系。国际私法的主体部分,主要是处理在遇到某一问题涉及两个或两个以上国家的民商事法律有不同规定时,一国法院应选择适用哪一国的民商事法律加以解决。因此,国际私法又叫“法律冲突法”、“法律选择法”或“法律适用法”。现今各国都有自己的冲突法,而所以冠之以“国际”之名,是因为它调整的民商事法律关系具有涉外因素。^① 不过,由于近几十年来,各国在国际私法领域缔结了大量的国际条约,同时,各国因采取共同的法律冲突解决原则、规则而形成的国际习惯也大量存在,使得这部分国际私法规范具有了国际法的性质。从这个意义上可以说,国际私法的一部分内容已经并且还在继续转变为具有国际法的性质。

(二) 国际法的特征

国际法是独立于国内法的一个特殊的法律体系,与国内法相比较,国际法主要有以下特征:

第一,国际法的主体主要是国家,调整的关系主要是国家之间的关系。除国家外,国际法主体还包括在一定条件下、一定范围内的类似国家的政治实体(如民族解放组织)和政府间国际组织,其法律关系也受国际法调整。国内法的主体是自然人、法人和作为法人的国家机关。国内法调整的关系是国内法主体之间的关系,它不调整国家之间和其他国际法主体之间的关系;而国际法调整的关系是国际法主体之间的关系,它不调整国内法主体之间的关系。

第二,国际法是在国家之间交往中形成的法律,是国家之间以协议的方式制定的。与一国立法机关依一定程序制定国内法不同的是,国际法不能由一个国家的立法机关制定,因为任何一个国家的立法机关都没有这种国际立法权力;也不能由一个超国家的国际立法机关制定,因为国家主权都是独立的和平等的,在国际上没有也不应该有一个凌驾于国家之上的国际立法机关来制定国际法。因此,国际法的原则、规则和规章制度只能由主权国家之间或主权国家和其他国际法主体之间在平等的基础上以协议的方式制定,即以缔结条约的方式制定。所以,国际法是平等者之间的法律。此外,国际法中还有一部分国际习惯规则,是由各国在国际实践中反复适用并公认为法律而确立的。

第三,国际法采取不同于国内法的特殊的强制实施方式。国内法主要依靠有组织的国家强制机关如军队、警察、法庭等加以维护,并保证其实施。与国内法不同,国际上没有也不应该有这样的有组织的超越于国家之上的强制机关来执行强制实施国际法的职能。尽管国际上有联合国国际法院,也有国际仲裁机构,但它们都无强制管辖权,没有强制实施国际法的作用。国际法主要依靠国际法主体本身单独或集体的力量强制实施。当国家的权利遭到别国侵害时,国家可以采取某种相适应的行动制止这种侵权行为,如提出抗议、警告,要求赔偿损失等。当国家遭到别国武装侵略时,可以依靠单独或集体的力量,抗击侵略者。

第四,国际法的效力及于整个国际社会。国内法的效力一般只及于本国,不能及于他国,更不能及于整个国际社会。而国际法就不同,它的效力不可能只及于一个国家,普遍国际法

^① 李双元:《国际私法》,武汉:武汉大学出版社,1987版,第19页。

的效力及于整个国际社会,也就是说,普遍国际法对一切国际法主体均具有法律效力。

这些特点确定了国际法是法律的一个特殊体系,它具有法律性质,通过国际法的原则、规则和规章、制度来实现法律的拘束力,调整国际关系。因此,世界各国都公开承认国际法作为法律存在,各国政府在彼此往来的关系中,都必须遵守国际法原则、规则,实行国际规章、制度。

(三)国际法的性质

由于国际法具有不同于国内法的特征,再加上在历史上国际法常常遭到粗暴的践踏和公然违反,因此在国际法形成发展的过程中,西方某些学者曾对国际法是不是法律表示怀疑,其中最有影响的是19世纪英国法学家奥斯丁(Austin, 1790~1859)。他认为,法律是“主权政治权威所制定和执行的人类行为规则的总体。”^①而主权国家之上并没有一个能够制定和执行这些行为规则的主权政治权威,所以国际法不是法律,而是“实在的国际道德”,类似于约束社团的那些规则。^②

奥斯丁对国际法的法律性质所持的否定观点是站不住脚的,其错误就在于他没有看到国际法是在国家之间交往中形成的法律,是国家之间以协议的方式制定的。他把国内法中成文法或制定法的概念作为法律的一般概念生搬硬套于国际法,认为由于国际上不存在一个制定和执行国际法的“主权政治权威”,所以主张国际法不是法律。其实,奥斯丁给法律所下的定义是不完备的,正如奥本海指出的,奥斯丁的“这个法律的定义并不是正确的。它只能包括一个国家之内的成文法或制定法……而不包括国内法中称为不成文法或习惯法部分。事实上,世界上没有一个社会,也没有一个国家,能够只有成文法而生存。”^③而不成文法或习惯法从来不是由任何立法机关制定的。

奥斯丁认为国际法不是法律,而是道德性质的规范,这就把法律规范和道德规范这两种不同性质的规范混淆了。国际法是不同于国际道德的,前者具有法律约束力。后者没有法律约束力,违反国际道德一般只构成不友好行为,只会引起舆论的谴责或者对方的反对,不会引起法律后果和某种法律责任;而违反国际法,将会引起一定的法律后果,产生特定的法律责任。

国际法在国际生活中存在的事实有目共睹。一方面各国承认受国际法的约束,它们不仅在实践中以条约、习惯等形式确认有这种法律,而且很多国家还在其国内法中规定遵守国际法。迄今为止,尚没有哪个国家声明否定或不遵守国际法,相反,各国政府都表明遵守国际法,有些国家还在宪法中规定,本国签订的国际条约是国内法的一部分。国际法为国家及其他国际法主体规定了一套调整其相互关系的行为规则,为国家规定了国际法上的权利和义务。另一方面,当各国面临有关国际问题时,总是尽力解释其行为是符合国际法的或国际法所不禁止的,或其设法证明某个国家的行为侵犯了其在国际法上的权利,或某个国家未履行它在国际法上的义务。也就是说,它们总是把这些问题当做是一种法律上的权利义务问题,而不是视其为道德义务问题。国际法的法律效力已为国际社会普遍承认。《联合国宪章》和其他一些重要国际条约,明确肯定了国际法的法律效力。《联合国宪章》序言宣布:各缔约国决心“尊重由条约和国际法其他渊源而起之义务”,在宪章宗旨中,强调依“国际法之原则,调

① [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷,第一分册,中译本,北京:商务印书馆,1981年版,第4页。

② [英]斯塔克:《国际法导论》,北京:法律出版社,1984年版,第19页。

③ [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷,第一分册,中译本,北京:商务印书馆,1981年版,第5页。

整或解决足以破坏和平之国际争端或情势”。《国际法院规约》第38条规定：“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之。”1969年《维也纳条约法公约》明确规定：凡有效之条约对其各当事国有拘束力。的确，国际法并不总是得到国家的遵守，但正如国内法上总存在违法、犯罪现象一样，人们并不否认其法律效力。因此，就法律性质来说，国际法和国内法是一样的。

国际法的法律性质已为国际法的学说和国际实践作了充分的肯定，现今已没有人对国际法的法律性质加以否定了。但现在仍然有人提出这样的问题，即国际法虽然是法律，但与国内法相比较而言，它在强制执行方面不如国内法有效，因为在国际社会，不像在国内社会有统一的权力机关、行政机关和司法机关制定、执行和适用法律，因此国际法是一种“弱法”(Weak Law)。^①事实上，“弱法论”的论据也是不充分的。就学理而言，除任意法外的一切法律，包括国内法和国际法，都具有强制性，都是必须遵守执行的，强制实施方式虽有所不同，但法律本身的强制力并无强弱之分。国际法的效力有其特殊性，这种特殊性体现在：一般来说，国家不会创制对自己不利的法律，更不会随意破坏自己创制的法律，若其不想跟从或不同意某些规则，它们可以提出保留、修改甚至宣布对它不适用。从国际实践来看，国际法的强制执行措施也不总是比国内法弱。对于违反国际法的国家，受害国可以要求其赔偿，甚至采取报复措施；对于侵略国家，被侵略国可以进行抗击，还可以联合其他国家，实行集体自卫，抗击侵略者；对发动侵略战争、危害国际和平以及严重违反国际法的国家，实施国际制裁。例如，第二次世界大战后对德、日等侵略国家以及战争罪犯的制裁，联合国曾于1966年、1968年、1976年、1977年对南罗得西亚，于1963年、1977年对南非，于1990年对伊拉克，于1993年至1994年对前南斯拉夫地区多次宣布进行经济制裁、外交制裁、武器禁运甚至军事惩罚，这些都是很好的证明。所以我们不能说国际法作为一个整体不如国内法有效，只能说，国际法发挥效力和强制作用的方式比国内法特殊。应该承认，由于国际社会没有像国家那样的有权对违法者直接实施强制的强制机构，因此在某些场合下对违反国际法行为未能有效实施强制，但这不能归因于国际法本身，而应归因于实施强制的力量不足或强制执行制度不够完善。有的学者以国际法中存在一些有争议的规则和制度因而难以实施作为国际法是弱法的理由，这是没有说服力的。在国际法中，确实存在一些有争议的规则和制度，这些规则和制度是难以实施的，但这只是某项规则和制度是否正确或是否完善的问题，这类问题国内法也是存在的。

二、国际法效力的根据

国际法效力的根据是指国际法何以对国家具有法律上的约束力。对于这个问题，国际法学者提出了各种不同的主张和理论，形成了几个有较大影响力的学派，主要有自然法学派与新自然法学派、实在法学派和新实在法学派，它们从不同方面对国际法效力的根据进行了说明。

(一) 自然法学派与新自然法学派

自然法学派的历史源远流长，经历了从古典自然法学派到新自然法学派的一个长期的发展过程。将国际法引入自然法的著名学者是17世纪德国海德堡大学自然法和国际法教授普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632~1694)。自然法学派的学者主张，国际法只是自然法的一部

^① [英]劳特派特修订：《奥本海国际法》上卷，第一分册，中译本，北京：商务印书馆，1981年版，第10页。

分,国际法之所以有效力,是因为国际法是以自然法则为依据的。它们所强调的自然法则是指建立在人类良知、人类理性、人类法律意识基础上的自由、平等、博爱、私有财产神圣不可侵犯、天赋人权等观念,认为任何法律包括国际法只有符合这些自然法则才是有效力的。由于自然法学派把国际法的效力建立在一些理想化的、抽象的概念之上,脱离了国际社会的现实,因而受到了许多的批评。

20世纪出现的新自然法学派一方面坚持古典自然法学派所确立的理想,另一方面又力图有所创新。由于后来出现的社会连带法学派和规范法学派与自然法学派在国际法问题上的观点比较接近,因此在国际法领域也被归于新自然法学派。

社会连带法学派的理论创始人是法国公法学家狄骥(Duguit, 1859~1928),他反对国家主权观念,认为一切法律的根据在于社会连带这一社会事实,通过人类法律良知,社会规则实现为法律规则,而对社会的个人具有强制性。但是,“人类法律良知”是一个抽象的概念,由于把国际法效力建立在一个抽象的概念之上,故与主张“人类理性”、“人类法律意识”的自然法学派殊途同归。

规范法学派的主要代表人物为美籍奥地利法学家凯尔森(Kelsen, 1896~1973),奥地利著名国际法学者菲德罗斯(Verdross)也属于这一学派。由于凯尔森是维也纳学派的创始人,倡导纯粹法学说,故这一学派又被称为维也纳学派或纯粹法学派。他们像狄骥一样,反对国家主权观念,否认国家意志创造法律之说。凯尔逊认为,一切法律规则不论是国内法规则还是国际法规则,都属于同一法律体系,在这一法律体系中,法律规范分成各种不同的等级,每一级的规范是由上一级规范所创造,其效力的根据来源于上一级规范。而整个法律体系的最上级是国际法规范,它的效力来源于一个“最高规范”或称“原始规范”,即“条约必须遵守”原则。但是,这个所谓“最高规范”或“原始规范”的效力根据又是什么呢?凯尔森等人认为,“最高规范”或“原始规范”本身既是法律规范,又是伦理原则,这个规范的效力根据最终其实是人类的“正义感”或“法律良知”。这样,他们又回到自然法学派所主张的“人类良知”、“人类理性”、“人类法律意识”等结论上来了。由于这种学说抽掉了法律的社会内容,而把法律变成一种与社会现实无关的“纯粹法律规范”和没有确定涵义的抽象概念,他们最终未能找到国际法效力的真正根据。

(二) 实在法学派与新实在法学派

实在法学派与自然法学派不同,它们认为国际法效力根据不是抽象的人类理性,而是现实的国家同意或国家的共同意志。这一学派的代表人物,在17、18世纪有荷兰法学家宾克舒克(Bynkershok, 1673~1743),19、20世纪有英国著名国际法教授奥本海(Oppenheim, 1858~1919)、霍尔(Hall, 1835~1894),德国学者李斯特(Liszt, 1851~1919),瑞士学者李维尔(Rivier)等。实在法学派认为,国际法效力的依据不是抽象的“人类理性”,而是现实的“国家意志”,即为国家的承认。在现实世界中,国家之间的交往,起作用的是国家意志,国家所同意的原则、规则和规章、制度对国家有拘束的效力,从而成为国际法原则、规则和规章、制度。他们从国家订立的条约和颁发的法令、法律文件中发现,凡国家同意的,即国家意志的表现。因此,国际法效力的根据是国家的承认或国家之间的共同意志。

第一次世界大战后,有一部分国际法学者对实在法学派关于国际法根据的观点表示反对,提出了不同的解说,因而形成了一个新的实在法学派。新实在法学派,亦称新现实主义学派。这一学派有各种不同的学说,其中较为流行的有以下两种:权力政治学说和政策定向学

说。

权力政治学说认为,国际政治支配着国际法,而国际政治的核心是国家权力。因此,他们认为“势力均衡”是国际法存在的基础,同时也是国际法效力的根据。应该承认,国际政治与国际法有密切的联系,但是,如果把“权力”作为国际法效力的根据,就容易把国际法与国家权力、国际法与国际政治相混淆,从而无法科学地说明国际法效力的根据。

另一种学说是政策定向说,该学说同样把权力作为国际政治和国际法的核心。这一学说认为,权力的表现是政策,因此,政策是决定因素。而国际法又是国家对外政策的体现,所以,国际法的效力取决于国家对外政策。应当承认,国际法与各国对外政策有密切联系,国际法的发展也受各国对外政策影响。但是,国际法与国家对外政策是不同的,国家政策是一国政策,它由一国制定,由一国执行;而国际法是国际法主体间的法律,它由各国共同制定,共同执行。因此,不能把国际法与国家对外政策混为一谈,一国对外政策不能决定国际法的存在与发展。

(三)初步结论

以上各派学说都未能全面说明国际法效力的根据。那么,国际法效力的根据到底是什么呢?我们认为,国际法效力的根据应该是国家之间的协议。这是因为:(1)国家间的协议反映了各国的协调意志。国际法是国家之间的法律,只有体现了各国意志的协议,才对各国具有拘束力。这里所说的各国意志,是指国家之间就某一或某些事项,在平等的基础上进行合作,经过互相谅解和妥协而形成的协调意志。(2)各国达成的协议,是各国作为国际法的制定者通过一定的立法程序共同制定的法律文件,因此,这些协议成为对各国具有法律约束力的法律规范。(3)各国之间的协议是各国强制执行国际法的根据。国际法的强制性是国际法效力的本质表现,国际法是依靠国家单独或集体的力量来强制实施的,而这种强制实施的根据即是各国之间的协议。

应该指出,国家间的协议是国家之间斗争与合作关系发展的产物。国家关系的实质是国家间的利益关系。国家之间在频繁的交往关系中,既有利益上的共同性,也有利益上的冲突性。因此,在处理国家关系的过程中,往往既有斗争,也有合作,在斗争中存在某种合作,在合作中又存在着斗争。在这种错综复杂的关系中,为了它们的共同利益,国家之间需要达成某些协议,制定某些彼此都必须遵守的原则、规则和规章制度,以维护和促进国家之间的正常关系与合法权益。例如,第二次世界大战结束后,各国为了维持国际和平与安全,促进国际合作,制定了《联合国宪章》,规定了一系列原则和规则。20世纪70年代初,各国为了使国家之间的海洋关系得到调整,建立海洋新秩序,于1973年召开了联合国第三次海洋法会议。经过近十年的讨论和协商,其中有激烈的斗争,也有妥协,终于就海洋法的原则、规则和一系列的制度,达成了协议,通过了《联合国海洋法公约》。由此可见,国家间的协议,是在国家斗争与合作过程中达成的,它体现的是各国的要求和利益,而不是一个国家的要求和利益。许多国际法原则、规则和规章、制度正是为协调各国的要求和利益而制定的,并得到这些国家的共同认可和遵守。

第二节 国际法的渊源

一、国际法渊源的概念

渊源一词,原意为河水的源头,通常用以泛指事物的根源。用作法律术语时,法律渊源是要说明某一法律体系的规则与规范取得其权威性的来源。而国际法的渊源,中外国际法学者对之各有不同的解释,其中比较流行的有两种:第一,是指国际法作为有效法律规范所由形成的方式;第二,是指国际法规范第一次出现的地方。^①按照第一种解释,国际法规范的所由形成的方式只能是国际条约、国际习惯。因为国际法是国家间公认的国际关系上的有法律约束力的行为规范,而在国际社会内,由于不存在一个超国家的国际立法机关,专司国际法立法之事,因此形成有法律效力的国际行为规范的方式,只能是国际习惯和国际条约两种。换言之,只有国际习惯和国际条约体现了各国的协调意志,从而形成有法律效力的国际法规范。按照第二种解释,国际法的渊源不仅仅有国际习惯和国际条约两种,除此之外,还有其他渊源。从历史的角度看,许多国际法规范在形成有约束力的法律以前,就曾在国际或国内法院的判决、国际或国内法律文件以及某种国际法学说中出现过。例如,不干涉内政原则最初规定于法国大革命时期的法国宪法;公海自由原则,最早出自格老秀斯名著《海洋自由论》;大陆架作为一个法律概念,最初见于阿根廷政府的一项宣言和美国总统的一项公告,等等。这些规范最初并不是国际法规范,不具有国际法的效力,所以只能说是国际法的历史渊源。它们只有通过长期国际实践获得国际公认并表现为国际习惯和国际条约以后,才形成对各国具有约束力的国际法规范。从严格的法律意义上说,前一种意义的渊源才是国际法的渊源,后一种意义的渊源只能说是国际法的历史渊源。

国际法的法律渊源与国际法的历史渊源是两个不同的概念,前者指国际法的表现形式。对各国具有法律约束力。后者指国际法的历史来源,除国际条约和国际习惯外,还有其他的来源,如司法裁判、国际法学者的学说、国际组织的有关决议,以及重要的外交文件或其他国内法文献等,它们并不具有国际法的效力。但国际法的法律渊源与国际法的历史渊源也有密切联系。当某一国际法原则和规范最初就规定于某项国际条约的情况下,该项国际条约既是国际法的法律渊源,又是国际法的历史渊源。一些国际法原则和规范最初出自被称之为历史渊源的国内法、司法裁判或某种学说,当时并非国际法规范,经过长期国际实践,其国际法的效力得到国际公认并形成国际习惯或国际条约以后,演变为国际法渊源。在国际实践中,为了确定某项国际法原则或规范是否存在及其正确含义,往往要借助于某些司法判例及某种学说作为辅助资料,而这些资料通常被称为国际法的辅助渊源。

在实践中,《国际法院规约》将国际法渊源分为主要渊源和辅助渊源,这可以说是调和了

^① 周鲠生:《国际法》上册,北京:商务印书馆,1981年版,第10页。

上述两种含义。《国际法院规约》第38条规定了国际法院裁判案件所应适用的法律：

“(一)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条者。

(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。

(二)前项规定不妨碍法院经当事国同意本‘公允及善良’原则裁判案件之权。”

根据这条规定，国际法院裁判案件时所适用的法律的范围，从国际条约、国际习惯、一般法律原则，直到作为确定法律原则补助资料的司法判例和学者学说。此外，经当事国同意，还可以本着“公允及善良”原则进行裁判。《国际法院规约》这条规定通常被认为不仅是为国际法院规定应适用的法律，而且也是“国际法渊源”的权威性的说明。但因这条规定没有提到“渊源”这个概念，学者们对这条规定便产生各种不同的看法，有的认为这条所指的各项都是国际法的渊源。有的认为前三项是渊源，后两项是补助资料；有的认为只有条约和国际习惯两项是渊源，等等。这些看法虽然不同，但都一致认为，国际习惯和国际条约是国际法的渊源。我们认为，国际习惯和国际条约是国际法的主要渊源，其他各项是辅助渊源或补助资料。

二、国际法的主要渊源

(一)国际条约

条约是国际法主体间就其权利义务关系所缔结的一种书面协议。由于国际法效力的根据是国家间的协议，而条约就是国家之间的明示协议，在这个意义上，条约就成为现代国际法的主要渊源之一。同时，现代国际法的原则、规则和制度，主要规定于国际条约之中，国际社会也主要是采取国际条约的形式规定国际法原则、规则和制度。另外，《国际法院规约》第38条把国际条约列为国际法院解决争端所应适用法律中的第1项，也表明国际法院在裁判案件时适用国际条约的重要性。由此可见，条约构成了现代国际法首要的渊源。

应当注意的是，由于条约具有不同的类型，并非所有的条约都可以成为一般国际法的渊源。基于参加条约国家的多少，条约可分为双边条约与多边条约。在多边条约中，又有数个国家参加的多边条约和包括主要国家之内的多数国家参加的多边条约之分。以国际条约的内容和宗旨为标准，条约可分为造法性条约和契约性条约。前者是指有关确立或更改一般国际法的原则、规则和制度的多边条约或国际公约，例如，《维也纳外交关系公约》、《联合国海洋法公约》等等。后者是指两个或几个国家就某些特定事项规定缔约国间具体权利和义务的条约，例如，两国间签订的边界条约、贸易协定、司法互助协定等。一般而言，只有由包括主要国家在内参加的多边、造法性条约才是一般国际法的渊源，因为它们有很多国家参加，所制定或编纂的是一般国际行为规范，所以具有一般国际法的效力，能对整个国际社会产生普遍拘束力，而双边条约、仅有少数国家参加的多边条约和契约性条约，由于一般只处理一些特定事项，只能对参加这些条约的少数国家产生拘束力，所以只能作为有关国家间的一种特殊国际法，不能直接成为一般国际法的渊源。

造法性条约和契约性条约的区分只是大致上的分类。因为条约的内容复杂，作用各异，

有时很难严格区分。有些契约性条约也包含有某些造法的内容;而有些造法性条约,也有些国家不参加。因此,在关于哪些条约是国际法渊源的问题上,还应注意以下两点:第一,两国或少数国家签订的双边或多边的契约性条约,即使其中包含造法规则,但由于没有普遍法律约束力,也不能成为一般国际法渊源。只有继续有许多双边或多边条约订出同样的规则,使该规则成为国际习惯法,才具有普遍法律效力。但此时国际法渊源是国际习惯,而不是该契约性条约。第二,大多数国家参加的造法性条约,通常只能约束其缔约国,而对非缔约国是无效的。但是,各国一般都承认这种条约是国际法的渊源。这是因为:这种条约有的所包含的一些规范本身就是国际习惯法的一部分,条约的规定只是对这些国际习惯法规范的宣告;有的是通过各国实践而成为国际习惯。同时,由于国际立法的特殊性,一般认为,凡是世界上包括主要国家在内的绝大多数国家参加的造法性条约,即具有普遍法律效力,成为国际法渊源。这种造法性条约不因极少数国家不参加或者新产生国家尚未参加而没有对整个国际社会的普遍效力。

(二) 国际习惯

国际习惯是各国在反复实践中形成的具有法律拘束力的行为规则,是国家间默示的协议,是国际法最古老的渊源。《国际法院规约》第38条规定:国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。根据此项规定,作为国际习惯,必须具备以下两个要件:

(1) 物质要件:即必须有通例的存在。所谓通例,又称常例,指各国对某种事项的处理长期重复地采取的类似行为。这种行为,由于为国际社会的许多国家长期和反复地采取,形成某些公认的规则。一般而言,作为通例的存在,它要求时间上的连续适用、空间上的普遍适用、数量上的多次重复和方式上的对同类问题采取一致的做法。

(2) 心理要件:即法律确信。通例的存在,并不等于国际习惯已经形成。通例是没有法律约束力的,不属于法律范畴。要使通例成为国际习惯,这些通例必须被各国承认其具有法律约束力。

国际习惯是上述物质要件和心理要件的统一。在国际交往的实践中,“习惯”常与“惯例”混用。其实,惯例有广义与狭义之分:广义的惯例包括习惯在内,外交文件上所用“惯例”一词,既包括有法律拘束力的习惯,也包括尚未具有法律拘束力的“常例”;而狭义的惯例则仅指尚未具有法律拘束力的常例,即《国际法院规约》第38条所指的“通例”。国际习惯和国际通例包含各国反复的类似行为,其区别在于是否被各国认为具有法律拘束力。国际习惯不仅有各国重复的类似行为,而且各国在从事类似行为时认为有从事这类行为的法律义务。如果通例通过一定的时间被各国认为具有法律拘束力,它可以转为国际习惯,也就是构成国际习惯法原则、规则。

国际习惯的形成是一个长期过程。因为它需要各国重复类似的行为,并形成某项规则,又需要各国逐步认为该项规则具有法律约束力。在国际上,一项国际习惯的形成,往往要经过几十年,甚至一二百年的时间。如不干涉内政原则,从提出到确认为国际法基本原则,经过了200多年的时间。但在现代社会,由于国际交往频繁,科学技术发展迅猛,交通和通讯十分发达,大大缩短了某些国际习惯的形成过程。例如大陆架制度,第二次世界大战后提出,许多国家相继采取类似行为,在不到20年时间内即被各国所接受,形成国际习惯,并于1958年缔结了《大陆架公约》。

从国际法的历史看,国际习惯的产生早于国际条约,可以说是最古老的国际法渊源。在

条约尚未发达的时代,国际习惯占主要地位。与国际条约不同,国际习惯是一种“不成文”法。(需要说明的是,经过国际组织的努力,国际惯例在现代已出现成文化的趋势。如国际贸易术语经过国际商会的编纂已成为国际社会广泛承认的国际商务领域的重要国际惯例)为了证明某项规则已经确立为国际习惯,必须从国际关系中查找证据,按上述两项要件加以证明。由于国际习惯是在国际实践中逐渐形成的,因此其证据只能从国际实践中查找,其范围主要包括:(1)国家间的各种外交文书;(2)国际机构的决议和判决等;(3)国内立法、司法、行政方面的各种有关文件等。一项原则、规则或制度,只有从国际实践的有关资料中找到已被各国承认为具有法律约束力的充分证据,才能确立为国际习惯;如查找不到证据,则不能确立为国际习惯。正因为国际习惯存在着这样一些局限性,在现代国际法上,国际条约已取代国际习惯成为首要的国际法渊源。19世纪以后,许多习惯规则被编纂在国际条约之中,习惯规则有逐渐成为条约规则的趋势。但是,在现代国际社会,习惯规则仍大量存在,而且新的国际习惯还不断出现。由于国际条约只对当事国有效且其内容不可能包罗万象,没有国际条约调整的领域就有赖于国际习惯来调整,而且,有些双边或少数国家参加的条约中的规则还有经各国不断接受而成为习惯规则的,因此,国际习惯作为国际法的渊源,仍不失其重要性。国际习惯与国际条约相互补充,各自发挥着调整国际关系的作用。

三、国际法的辅助渊源

(一)一般法律原则

在《国际法院规约》第38条规定的国际法院裁判案件所应适用的法律中就包括了“一般法律原则为文明各国所承认者”,正因为如此,一般法律原则也被视为国际法的渊源之一。但对于什么是“一般法律原则”,各国学者持不同的见解。有的学者认为,一般法律原则就是国际法的一般原则或基本原则。但是,国际法的一般原则或基本原则已规定于国际条约和国际习惯之中了,不可能再有另一种“一般法律原则”。有的学者认为,一般法律原则是从“一般法律意识”或“法律良知”中引申而来的。但这种说法较为抽象,因为很难界定何为“一般法律意识”,何为“法律良知”,以及如何才能从“一般法律意识”和“法律良知”中引申出国际法的原则和规则来。有的学者认为,“一般法律原则”是指各个法律体系的某些共有的原则,例如时效、禁止反言、尊重既决案、禁止权利滥用原则等,这些原则在各国法律体系中都是采用的,只是解释有所不同。这种主张较为可取,也为多数学者所采纳。

“一般法律原则”可以填补国际条约与国际习惯的不足,因而在裁判案件中有一定作用,例如国际常设法院在1927年的霍茹夫工厂案中以“尊重既决案”原则判定霍茹夫工厂的财产转移是合法的;^①国际法院在1962年的隆端寺案中,根据“禁止反言”原则驳回泰国认为地图存在错误的主张。^②由此可见,一般法律原则在裁判中通常被作为辅助渊源适用,它在国际法的渊源中居于次要地位,^③只是起到一种补充条约和国际习惯不足的作用。事实上,一般法律原则为数极少,不易确定,难于掌握,很少为国际法院及仲裁法庭所单独适用。

① [美]M.阿库斯特,汪暄等译:《现代国际法概论》,北京:中国社会科学出版社,1981年版,第141页。

② [美]M.阿库斯特,汪暄等译:《现代国际法概论》,北京:中国社会科学出版社,1981年版,第141页。

③ [英]斯塔克著:《国际法导论》,北京:法律出版社,1984年版,第34页。

(二) 司法判例

司法判例主要是指国际法院和国际仲裁法庭所作的判例。《国际法院规约》第 59 条规定：“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”这说明，英美法系中的所谓“依循先例”原则对国际法院是不适用的。国际法院只是司法机关，它没有立法权，只有适用法律的职权，而没有创造法律的功能。不过，由于国际法院是联合国的主要司法机关，它的法官都是世界各大法系的权威公法学家，它的判决对于认证、确定和解释法律原则有十分重要的作用。这种认证、确定和解释，不仅为国际法院在审判其他案件时以及其他国际司法机构在审判案件时所援用，而且往往在一般国际实践中受到尊重。国际法院自成立以来，受理诉讼和咨询案件数十起，其中一些重要案件的判决和咨询意见，阐明了一些国际法原则，例如，国际法院 1951 年对庇护权案的判决，1955 年对诺特波姆案的判决，1969 年对北海大陆架案的判决，1974 年对渔业管辖权案的判决，1980 年对在德黑兰的美国外交和领事人员案的判决等。而且这些判决也是国际习惯形成的一个方面，它反映了有关的国际习惯法原则和规则，起到作为习惯法原则和规则存在的证据的作用。此外，国际司法判例的重要意义还在于：国际性司法判例已形成一套国际成案法，成案虽不是先例，但却有先例价值。对于需要适用国际法的人，例如法官或当事国律师或顾问，这些成案具有重要参考作用。援引其作为决策根据、辩护理由已是司空见惯。对于其他学习研究国际法的人，成案的效果亦无可否认；在这一意义上，国际法官在接受法学教育时就开始接受成案影响了。因此，虽然一般地说，国际司法判例并不直接表现为国际法，但却有助于国际法原则、规则和规章、制度的确定，而这就是《国际法院规约》第 38 条所说的“确定法律原则之辅助资料”。国际司法判例不是国际法的直接渊源，而是国际法的辅助性渊源。

(三) 公法学家学说

和司法判例一样，公法学家的学说并不是国际法规则，不能直接确定当事国间的权利义务。但是，权威公法学家的学说，在历史上对国际法的形成与发展产生过重大影响。如格老秀斯的名著《战争与和平法》，本身并非法律，但其影响涉及整个国际法领域，对近代国际法的形成与发展起了重大促进作用。公法学家学说概括和阐明了国际法的原则、规则和制度，可以作为确定这些原则、规则和制度的补助资料。

公法学家学说作为确定法律原则的补助资料，依国际法院规约的规定，须受这样一个条件的限制，即：须是各国权威最高之公法学家学说。如果没有最高权威性，法院不能适用，也不采纳有关当事方的援引。^①

(四) 重要国际组织决议

在当代国际关系中，由于国际组织在其中扮演非常重要的角色，发挥着重要作用，因此普遍性政府间国际组织的决议（如联合国大会决议），也应该是一种确定法律原则的补助资料。

国际组织在当代发展非常迅猛，国际组织也有着各种各样的决议，并不是所有国际组织的任何决议都可以作为确定国际法原则的补助资料。能够作为确定国际法原则补助资料的国际组织决议只能是普遍性政府间国际组织宣示国际法原则、规则和规章、制度的重要决议。

^① 是否具有最高权威性，由国际法院自由裁量。