

21世纪高等院校教材 · 法学系列



现代国际法学



李 斌 编著



科学出版社

www.sciencep.com

21 世纪高等院校教材·法学系列

现代国际法学

李 斌 编著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书系统论述了国际法的原则、规则和规章制度,内容上涵盖了教育部对法学专业课程教学基本要求的全部知识点,在此基础上,本书还全面论述了外交和领事豁免及国际组织的豁免以及战争与武装冲突法,包括国际人道主义法、战争罪行、国际法庭和新近成立的国际刑事法院等有关内容。

本书可作为法学专业本科生、法律硕士研究生及各类法学研究生进修班的必修课程教材,也可作为国际政治、新闻、外语等专业的选修课程教材。本书对于外交、外事部门的工作人员和国际问题研究者也具有一定参考价值,可作为了解和掌握当代国际交往基本理论与规则的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

现代国际法学/李斌编著. —北京:科学出版社,2004

21世纪高等院校教材·法学系列

ISBN 7-03-013532-6

I. 国… II. 李… III. 国际法-高等学校-教材 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 050556 号

责任编辑:徐 蕊 邱 璐 李俊峰/责任校对:刘小梅

责任印制:安春生/封面设计:陈 敬

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

源海印刷有限责任公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2004年8月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2004年8月第一次印刷 印张:32

印数:1—3 000 字数:620 000

定价:38.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈路通〉)

目 录

第一编 国际法引论

第一章 国际法的概念与法律性质	1
第一节 国际法的名称、概念与特征	1
第二节 国际法的法律性质与效力根据	5
第二章 国际法的历史发展	12
第一节 国际法的产生与发展	12
第二节 中国与国际法	17
第三章 国际法与国内法的关系	21
第一节 关于国际法与国内法关系的理论	21
第二节 关于国际法与国内法关系的实践	24

第二编 国际法的存在与实施

第四章 国际法的渊源	31
第一节 国际法的主要渊源	31
第二节 国际法的辅助性渊源	36
第三节 国际法的编纂	39
第五章 国际法基本原则	45
第一节 概述	45
第二节 各项基本原则的内容与意义	51
第六章 国际法律责任	69
第一节 概述	69
第二节 国际不法行为责任	72
第三节 国际损害责任	78
第四节 国际责任的免除	84
第五节 国际法律责任的承担形式	89
第六节 国际罪行与国际刑事责任	94
第七章 国际争端的解决	103
第一节 概述	103
第二节 和平解决国际争端的政治方法	106
第三节 和平解决国际争端的法律方法	112

第四节 国际组织与和平解决国际争端·····	130
------------------------	-----

第三编 国际法的主体和国际法上的私人

第八章 国家·····	139
第一节 国家的要素、类型和基本权利·····	139
第二节 国家和政府的承认·····	159
第三节 国际法上的继承·····	168
第九章 国际组织·····	179
第一节 概述·····	179
第二节 国际组织的一般制度·····	189
第三节 联合国·····	194
第四节 区域性国际组织·····	206
第五节 国际经济组织·····	209
第六节 非政府国际组织·····	214
第十章 国际法上的私人·····	222
第一节 私人在国际法上的地位·····	222
第二节 国籍·····	225
第三节 外国人的法律地位·····	238
第四节 外交保护·····	245
第五节 外国人在中国的法律地位·····	248
第六节 引渡与庇护·····	251
第七节 难民的法律地位·····	259
第十一章 国际人权法·····	263
第一节 概述·····	263
第二节 国际人权保护公约·····	267
第三节 人权的国际保护·····	277

第四编 国家领土与国际区域

第十二章 国家领土·····	299
第一节 概述·····	299
第二节 内水·····	304
第三节 国家领土的变更方式·····	309
第四节 国家的边界和边境制度·····	317
第五节 中国的领土与边界·····	321
第六节 两极地区·····	327

第十三章 海洋法	331
第一节 概述	331
第二节 内海水、领海、毗连区	336
第三节 群岛水域和用于国际航行的海峡	346
第四节 专属经济区和大陆架	350
第五节 公海	359
第六节 国际海底区域	367
第十四章 国际航空法	376
第一节 概述	376
第二节 领空与领空主权	379
第三节 空中航行的法律制度	382
第四节 国际航空刑法	386
第十五章 外层空间法	390
第一节 概述	390
第二节 外层空间法的基本原则与法律制度	396
第三节 关于外层空间活动的其他法律问题	401
第五编 条约、国际外交与战时关系	
第十六章 条约法	408
第一节 概述	408
第二节 条约的缔结与生效	415
第三节 条约的遵守、适用与解释	429
第四节 条约的修订、终止、停止施行与无效	437
第十七章 外交和领事关系法	445
第一节 外交关系法	445
第二节 领事关系法	464
第十八章 战争法	473
第一节 概述	473
第二节 战争的开始、结束与战时中立	479
第三节 国际人道主义法	486
第四节 战争犯罪及其责任	500
参考文献	505

第一章 国际法的概念与法律性质

第一节 国际法的名称、概念与特征

一、国际法的名称

当代国际法学者一般将罗马法中的“万民法”(Jus gentium)概念视为当代国际法名称的语源。作为古罗马国内法的一个组成部分,“万民法”于公元前3世纪产生,与原有的仅适用于罗马公民之间的“市民法”(Jus civile)^①相对应,适用于罗马境内的外国人与外国人以及外国人与罗马公民的相互间关系,并不具有国际法的性质。1625年,被誉为近代“国际法之父”的荷兰学者雨果·格劳秀斯(Hugo Grotius)在其经典名著《战争与和平法》(De Jure Belli ac Pacis)中借用了“代表所有国家所一致同意的正义原则”^②的“万民法”(Jus gentium)概念用以命名所论述的规范国家间关系的法律体系。1650年,牛津大学教授苏支(Zouche)将jus gentium一词转译成英文law of nations,之后还曾有过law between nations, law among nations等不同的译法,但由于以上译法都未能完全而准确地表达出国家间法律的意义而没有真正通行。直到英国哲学家、法学家边沁(Bentham)于1780年在《道德及立法原理引论》一书中正式提出改用International Law名称,被认为体现了近代意义国际法的本质特征,获得了普遍赞同。International Law随后又被转译为法文Droit International、德文Internationales Recht等,在各国的法律文件和外交文献中逐渐成为通用的名称。

中国从19世纪中叶开始接触源自西方的近代国际法名称与规则。1864年,在中国传教的美国教士威廉·马丁(William Martin,中文名为丁韪良)将美国人惠顿(Wheaton)的著作《国际法原理》(Elements of International Law, 1836)一书译成中文,定名为《万国公法》,将“international law”概念译为“万国公法”。1865年,《万国公法》一书连同这一译法传至日本,成为日本最早接触的国际法书籍和最初被采用的国际法名称。但当代中文中的“国际法”名称最后是

① 罗马市民法由全民大会及元老院通过,如著名的《十二铜表法》。

② 王铁崖:《国际法》,法律出版社,1995年,第3页。

来自对日文的转译。^①

第二次世界大战前后，一些西方国际法学者从限制和否定国家主权的立场出发，主张拔高国际法的地位，扩大国际法的主体范围，将国际法称成“人类法”（law of humanity）、“世界法”（world law）、“超国家法”（supranational law）或“跨国法”（transnational law）等^②，使其适用于所有国家和个人，并最终成为凌驾于各个国家之上并具有支配国家权力的法律。这些主张和相应名称从根本上违背了国际法的原有性质，使其从国家之间的法律改变成为超乎国家之上的法律，不符合国际社会的现实，未能获得普遍赞成。^③

国际法之所以通常也被称为国际公法（public international law），是因为有学者认为其调整的对象是国际法主体之间的官方关系，即以国家、政府间国际组织等具有官方性质的主体在国际事务中所形成的关系。

二、国际法的概念和特征

国际法是指在国际交往中形成的，调整主要由国家间关系构成的国际关系的具有法律拘束力的原则、规则和规章制度等国际行为规范的总称。与国内法相比，国际法除具有规范性、指引性等法律的共性外，在主体、制定、适用范围、实施等方面还具有以下特征：

1. 国际法主体的国际性

国际法适用于国际社会，国际法主体应是国际社会交往互动的现实主体。在当代国际社会中，国家仍是最主要、最活跃的主体，因此国际法主要调整国家之间的关系，国际法的主体主要是国家。此外，随着 20 世纪以来类似于国家的民族独立实体的出现并参与国际社会交往实践，以及政府间国际组织的迅速发展，这些类似于国家的民族独立实体和政府间国际组织在一定条件下和一定范围内也成为了受国际法调整的主体。个人和法人在一般意义上不能成为国际法的主体。但随着各种国际交往和重大事件（如两次世界大战、南非种族隔离、前南斯拉夫种族清洗、卢旺达种族灭绝等）越来越牵涉到人的基本权利和自由，国际法有必要在一些特定领域（如人权、国际责任、国籍、外国人待遇）确定国家与个人、

① 1873 年，日本人箕作麟祥将美国人任尔锡（Woolsey）的《国际法》译为日文时，将“万国公法”改译为“国际法”，并在 1881 年经东京大学作为学科名称正式使用后被日本通行。在清末法律改革中，大量日本政法名词输入中国，日本通用的国际法这一名称也被中国法学界所广泛采用。参见程晓霞：《国际法》，中国人民大学出版社，1999 年，第 2 页。

② 如美国国际法学者吉赛普主张把国际法改称为“跨国法”，成为“适用于国家在其相互关系中，以及个人在其同国家关系中的法”。

③ 王铁崖：《国际法》，法律出版社，1995 年，第 4 页。

国际组织与个人之间的权利与义务关系。^①

2. 国际法制定的国家意志性

不同于国内社会纵向的权力集中结构,国际社会作为高度分权的平行式社会,不存在也不应存在凌驾于国家之上的国际立法机关。国际法的各项规则与制度主要是由以国家为主的国际法主体在平等基础上以缔结条约的方式予以制定。各国通过行使主权自由决定是否签署、批准、接受和加入国际条约,可对国际条约的某些内容加以保留,并可按一定程序修改、退出或废止对其有效的国际条约。此外,国际法还包括一部分由各国在长期反复实践中形成并为各国承认为法律的国际习惯规则。国家在通过协议缔结条约或于实践中形成国际习惯的过程中都当然体现着各自基于国家利益的国家意志。

正因为国际法的产生必须充分体现各国的国家意志,国际法的形成往往是一个非常缓慢的过程。为缔约而进行的谈判可能要历时多年才能达成可供签署的条约文本,也可能经数十年的努力而毫无所得。^② 条约文本产生后还有一个经各国有权机关或国家元首的批准过程,多边条约一般都规定须在特定多数国家批准的条件下方可生效。在漫长的条约制定过程中,若相应领域内亦未形成国际习惯,有关国际问题便往往无从解决。

3. 国际法效力的普遍性

国际法所调整的事项应具有国际性,其效力必然超出国家疆界。根据适用范围的不同可将国际法分为普遍国际法(universal international law)、区域国际法(regional international law)和特殊国际法(particular international law)。普遍国际法是指适用于普遍国际关系,对于一切国家或包括主要国家在内的大多数国际社会成员具有拘束力的规则;区域国际法是指只适用于区域性国际关系的国际法;特殊国际法是指那些仅仅适用于某些特殊国际关系,一般是只对两国或少数国家有拘束力的规则。普遍国际法的效力及于整体国际社会,为各国或绝大多数国际法主体公认并遵守。区域国际法和特殊国际法都可能基于某些特殊的环境和关系而规定某些特殊规则,但这些特殊规则不能对一般国际法的原则、规则和制度加以限制,不能否定普遍国际法及其普遍适用性,更不应违背普遍国际法的基本原则。

4. 国际法实施的自助性

目前的国际社会仍然不存在超越于国家之上的强有力的统一机关来强制保障国际法的施行。作为国际司法机关的国际法院没有强制管辖权,而联合国的集体

① 曾令良:《国际法学》,人民法院出版社、中国社会科学出版社,2003年,第2页。

② 如就关于侵害外国侨民的国际法责任问题,从1930年起国际联盟便开始召开海牙法律编纂会议,1949年后联合国国际法委员会也一直予以关注,但至今未形成有关公约。

强制措施又受到安理会否决权的限制,不可能对作为安理会常任理事国的大国实行制裁。联合国成立至今所通过的一系列有关维护国际法原则的决议和采取的行动,基本上都是以不损害大国利益为前提,否则便会因相关大国在安理会行使否决权而无法通过。因此,国际法主要依靠国际法主体以自身行为进行自力救济的方式来予以维护,如国家在遭到他国武装侵略时依靠单独或集体的力量对侵略者进行自卫抗击。此种状态下的国际法律秩序仍旧具有某种原始特性,制裁能否得以实现往往取决于自力执法者与违法者之间力量的对比。^①

三、国际法与国际私法、国际经济法的关系

1. 国际法与国际私法

国际私法(private international law)以跨国或跨区域的私人间关系为调整对象,主要任务是解决在特定争端涉及有着不同规定的两个或两个以上国家的民商事法律时,一国法院应选择适用哪一国法律的问题。由于国际私法以解决法律适用的冲突规范为核心内容,往往也被直接称为“法律冲突法”或“法律选择法”。以往国际私法的具体规范形式主要是各国国内法律、法规,虽冠以“国际”之名,只是基于其所调整的民商事法律关系具有涉外因素。^②但随着近几十年来各国在国际私法领域越来越多地通过缔结国际条约的方式以解决共同问题,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不断产生,使得这部分国际私法规范具有了国际法的性质。在此意义上可以认为,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。^③

2. 国际法与国际经济法

国际经济法(international economic law)以国际贸易、投资、金融等领域内的法律关系为调整对象,其主体主要是自然人和法人,也包括以平等主体身份参与国际经济关系的国家和政府间国际组织。

在我国法学界,自恢复正常法学教育以来一直存在着关于国际法与国际经济法相互间关系的学科争议。早期学者普遍认为国际经济法是国际法的一个新分支。王铁崖先生主编的《国际法》一书中对国际经济法的定义为:“国际经济法是调整国际经济关系的原则、规则和规章、制度的总和。它和公认的国际法原则、规则和规章、制度以及联合国宪章的宗旨和原则是一致的,是现代国际法的

① 当代国际社会中最典型的例证是,在冷战结束后失去了战略抗衡对手的以美国为首的北约已成为世界上经济与军事实力都最为强大的集团。当其无视国际法规则时,其他遵守国际法的国家难以对其进行有效约束。所以冷战后的北约敢于屡屡公然违反国际法,而当代国际法却基本上无能为力。

② 李双元:《国际私法》,武汉大学出版社,1986年,第19页。

③ 程晓霞:《国际法》,中国人民大学出版社,1999年,第4页。

一个重要组成部分,作为国际法的一个分支。”^①目前的学者则一般认为,随着战后国际经济关系的迅速发展,被称为世界经济三大支柱的关贸总协定、国际货币基金组织和世界银行的相继建立及其作用发挥使世界经济秩序问题具有了越来越明显的独立性,国际经济规则已逐渐摆脱传统国际法的构架而走上独立发展的道路,国际经济法已成为迅速发展的独立法律体系。但作为独立法律体系的国际经济法与国际法之间仍然存在密切联系,如国际经济法规则体系的主要表现形式是国家间签订的国际经济条约,如此便必然涉及对国际法上条约法制度的适用。

至于我国在学科分类把国际法学、国际私法学和国际经济法学统称为“国际法学”,是在广义上使用国际法一词。

第二节 国际法的法律性质与效力根据

一、国际法的法律性质

鉴于国际法所具有的特殊性,在国际法学界历来对于国际法的法律性质即国际法是否是法律或是否具有真正的法律效力问题存在争议。一些持否定态度的学者明确表示国际法并非真正实际有效的法律。19世纪的英国法学家,分析法学派的奠基人奥斯汀(John Austin)认为:法律一定有着“三位一体”的上下位结构,是“上位者对下位者的发号施令”,是掌握主权者对服从于他的人所颁布的命令,不服从或违背它将面临制裁,不可能由同位者共同制定并共同遵守。^②但国际社会既缺乏一个统一的国际立法机关,也缺乏一个具有强制性管辖权的国际司法机关,在国家之上并无更高的掌权者对国家发号施令,没有更高的权威迫使国家服从其命令,无法形成有拘束力的国际法,国际法不过是有道德力量的行为规范即“实在的国际道德”(positive morality)而已。当代英国法学家哈特(Hart)对国际法与国内法的明显区别、国家作为法律义务主体的实际能力以及以威胁作后盾的命令性的法律概念进行分析后认为,由于国际法缺乏有组织的制裁,国际法没有实际拘束力,因此不能被称为法律。^③还有的学者从国际交往的实际出发,认为由于国际社会缺乏一个强制国际责任主体履行国际法义务的国际执行机关,在历史上国际法常常遭到粗暴的践踏和公然的违反,而国际社会对这

① 其他的类似态度如“国际经济法是调整国际经济关系的法律规范的总和,是国际法的新分支。国际经济法的主体包括国家和国家组织,其调整对象限于主体间的经济关系。国际经济法的范围系指调整国际经济关系的国际公法规范”。参见梁淑英:《国际公法》,中国政法大学出版社,1995年,第2页。

② 由此奥汀斯提出了其著名的公式:法律=主权者+命令+制裁。

③ 哈特,张文显等译:《法律的概念》,中国大百科全书出版社,1996年,第11页。

些违法行为却往往无法防止和制裁，所以在实际上并无有效的国际法。^①

上述否定国际法法律性质的主张首先混淆了国际法与国内法的差异，忽略了国际法的自身特点。作为两种不同性质的法律，国内法适用于国内社会，国际法适用于国际社会，国内法不能用来说明国际法，国际法也不能用来解释国内法。“法是上位者对下位者的施令”不过是对国内法通过实证总结而得出的带有浓厚经验色彩的结论，并不适用于国际法。在国内法中的确存在着上下位的从属结构，但不能先入为主地以此为公式和标准去审视国际法，去评断国际法是否是法律。国际法是适用于平等主体间的平行法，在国际关系中各个主权国家地位平等，没有统一权威的立法与司法机关，各国往往通过协议与实践产生法律并共同遵守、相互约束。英国著名国际法学家奥本海（Oppenheim）认为，法律的存在有三个条件：第一，必须有一个社会；第二，在这个社会必须有一套人类行为的规则；第三，必须有这个社会的共同同意，认为这些规则应由外力来强制执行。奥本海认为，一个包括一切国家的普通性的国际社会是已经得到了肯定解决的问题，在这国际社会内实际上存在着越来越多的各国的行为规则，而这些规则于必要时是由外力强制执行的，因此国际法是法律。^②

其次，上述主张也混淆了国际法与国际道德（international morality）、国际礼让（international comity）的差别。国际道德是指通过国际社会舆论形成的调整国家之间相互关系的伦理性行为规范。国际礼让是指国家间在彼此交往中为了彼此尊重、交往方便以及相互友好合作而相互给予的礼遇和便利，是国家交往过程中体现礼貌、便利和善意的规则，如对外国国家元首、外交使节的欢迎礼仪等。^③虽然同属国际社会成员应予遵守的行为规范，国际法与国际道德、国际礼让有着截然区别：① 国际法有着内容确定的规范体系，为国际社会成员规定了具体明确的权利和义务；而国际道德和国际礼让的内容却往往不太确定，存在着一定的模糊性。② 国际法有着道德基础，其具体规则一般应体现国际道德的要求，但也有些规则如诸多技术性规则在道德上是中性的。③ 违反国际法的行为是国际不法行为，甚至可能是国际犯罪行为，将会引起一定的法律后果，违反者应负国际责任，受到国际制裁或惩处；而违反国际道德和国际礼让的行为只构成

① 否认国际法性质的其他代表性人物还有意大利学者马基雅维利（Machiavelli）、英国学者霍布斯（Hobbes）、惠顿（Wheaton）、德国学者黑格尔（Hegel）、普芬道夫（Puffendorf）、耶利内克（Jellinek）和佐思（Zorn）等。

② [英]奥本海、[英]劳特派特（修订），王铁崖、陈体强译：《国际法》上卷，第一分册，商务印书馆，1981年，第7~10页。

③ 随着国际关系的发展，有的国际道德和国际礼让规则也可能演变为具有法律拘束力的国际法律规则。如发达国家对发展中国家的技术与资金援助原应为国际道德的要求，但在当代国际环境保护法中已逐渐发展成为一项国际法律义务。再如东道国给予外交官的关税豁免本来是国际礼让，后经1961年《维也纳外交关系公约》确立为国际法规则。

不道德、不友好或不礼貌的国际行为,影响到有关国家之间的和睦关系,引起国际舆论的谴责,但并不构成国际不法行为,不引起违反者的国际法律责任。

④ 国际法对国际社会的成员具有法律拘束力,以客观外在的单独或集体的制裁来予以强制实施;而国际道德和国际礼让对国际社会成员则不具有法律拘束力,主要是依靠国际社会成员内在的政治信念、道义力量或礼让来维持。

当代大多国际法学者认为,国际法作为法律的特殊体系仍然是法律,因为:

(1) 国际法规定了国际法主体之间的一整套处理彼此间交往关系的行为规则,为以国家为主的国际法主体规定了明确的权利和义务,具有法律的一般特性。

(2) 国际实践充分证明,国际法的原则、规则在一般情况下都是为世界各国所公认并加以遵守的。从国际关系的交往现实来看,对国际法的违反仅是例外,遵守则是一般情形,国际法主体遵守国际法义务的实践要远远超出被违反的事例。

在当今国际社会,没有国家公开宣布不遵守国际法,其行为可以不受国际法拘束。各国不仅在国际实践中以条约、习惯等形式确认国际法,而且很多国家还在其国内法特别是宪法中明文规定遵守国际法。当各国面临有关国际争端时,总是尽力去解释自身行为符合于国际法或不为国际法所禁止,或证明争端对方国家未履行国际法上的义务或侵犯了本国在国际法上的权利。即使在违反了国际法的场合,相关国家也总要以各种理由和借口为自己的违法行为进行辩解,去论证自身行为并未违反国际法。^①

当代众多的国际法律文件都明确规定了国际法的效力,规定对于违法行为有关国家不仅应承担责任,而且还应受到法律的制裁。例如,《联合国宪章》序言中规定:“各缔约国尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务”,并在其宗旨中强调应“依国际法之原则调整或解决足以破坏和平之国际争端”。《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”。《维也纳条约法公约》第26、27条明确规定:“凡有效之条约对其各当事国具有拘束力”,除明显地违背具有基本重要性的国内法关于缔约权的规定外,“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约”。1970年《关于各国依〈联合国宪章〉建立友好关系及合作之国际法原则宣言》明确承认国际法的法律性质,并将每个国家一秉诚意履行其依公认的国际法原则与规则所负之义务规定为各国应遵行的国际法原则之一。

^① 如以美国为首的北约一方面公然违反国际法有关基本原则,未经安理会授权对北约地区以外的南斯拉夫联盟进行轰炸,一方面又表示出遵守国际法的姿态,认为对南轰炸是为了制止其国内的民族清洗,并不违反国际法。

(3) 国际法具有一定的强制性。虽然国际法的强制方式不同于国内法,但当代国际法上的法律责任制度和强制性制裁规则已初步形成并正在不断完善。1907年第二次海牙和会通过的关于陆战法规惯例的第四公约规定,交战国违反陆战法规应负赔偿责任。第二次世界大战结束后建立的纽伦堡和远东国际军事法庭根据各自的宪章和国际法规则分别对德、日战犯进行了审判并予以制裁。《联合国宪章》第七章规定了对破坏国际和平与安全行为的强制措施,战后几十年来在联合国主导下已有着虽为数不多但成功地强制实施国际法的实践,如根据《联合国宪章》对南罗得西亚、南非和伊拉克等国进行的经济制裁和武器禁运。^① 国家通过单独或集体的方式对某些侵略行为予以制裁的事例也时有发生。

但是,由于国际社会毕竟不存在类似于国内社会中的统一权威机关制定、执行和适用法律,国际法的制定者、执行者和可能的受制裁者都是国家本身,没有超越国家的强制力保证国际法的实施。因此,国际法所建立的不是一种以统治权为基础的秩序,而是一种以主权者“平等协作”为条件的法律体系。这一不存在统一强制执行机制的法律体系相对于国内法而言经常被称为“弱法”,这恰好从一个侧面说明了国际法最本质的属性和特征。^②

二、国际法的效力根据

对于国际法的效力根据即国际法为什么对国家具有法律拘束力问题,近代以来的不同国际法学者提出了各种不同的理论,从而形成了不同的国际法学派。其中主要学派有:自然法学派、实在法学派、格劳秀斯学派、新自然法学派、新现实主义法学派等。

(一) 自然法学派

自然法学派(naturalists)盛行17~18世纪的欧洲,其主要代表人物有维多利亚、苏亚利兹(Suarez)、普芬道夫(Puffendorf)^③、冯·格拉恩(Von Grah)、惠顿(Wheaton)等,他们的共同观点认为自然法是国际法的基础,国际法从自然法派生而来,是自然法的组成部分或是自然法在国家间关系的适用。早期的自然法与神法密不可分,自然法学派便认为上帝或神的意志是国际法效力的根据,其结果使国际法趋于神化;在自然法与神法逐渐分离之后,自然法学派便以自然赋予人类法律意识的共同性即理性、正义、良知和国际社会的普遍利益作为国际

① 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。

② 梁西:《国际法》,武汉大学出版社,1993年,第13页。

③ 17世纪德国海德堡大学自然法和国际法讲座教授,他主持的讲座是欧洲近代大学中最早的专门国际法讲座。

法效力的根据。

自然法学派所提出以理性、正义、良知和国际社会的普遍利益等自然法概念作为国际法效力的依据,过于抽象和主观,只能为国际法提供道义和伦理的解释,并不能确定国际法效力的真正法律根据。此外,自然法学派所主张的内容多为“法律拟制”,忽略国际关系现实,难从国际实践中加以检验。到了19世纪,随着国家的兴起和国际关系的发展,自然法学说遭到越来越多的抨击,与自然法学派相对立的实在法学派逐渐兴起,取代了自然法学派的地位。

(二) 实在法学派

实在法学派(positivists)于19世纪崛起,代表人物有英国的边沁(Bentham)、奥本海(Oppenheim)、奥斯汀(Austin)、德国的李斯特(Liszt)、瑞士的李维尔(Rivier)等。实在法学派否定以自然法的抽象概念作为国际法效力的依据,认为任何规则不能仅仅因其合理而成为国际法。在现实国际社会中起作用的是国家的意志,国际法效力的根据不是抽象的“人类理性”和“良知”等自然法概念,而是现实国家的同意或共同意志。国家的同意通过他们之间签订的条约和国家颁发的法律文件予以表示。只有经国家同意的具体的实在法规则和原则才能成为国际法,凡是未经国家同意的规则都不能称之为法律。国际法的规则应通过归纳的方法从国际交往史上推求,而不是以演绎的程序来发现。

实在法学派否定自然法学派关于国际法是自然法或自然法的一部分的观点,把国际法效力的根据和国家的意志联系起来,相比自然法具有进步的历史意义。有关学说为不少西方国际法学家所接受,其影响一直延续至今。但实在法学派的学者过于偏重形式上的有效性,忽略国际法应有的国际正义性,承认仅是经形式上“共同同意”的不平等条约的效力,违背了国际法的基本原则。

(三) 格劳秀斯学派

格劳秀斯学派(grotians)也称折中法学派(eclectics),主要代表人物除格劳秀斯(Grotius)外,还有德国的沃尔夫(Wolff)与瑞士的瓦特尔(Vattel)。该学派对于国际法效力根据的解释介于自然法学派和实在法学派之间,一方面承认自然法是国际法效力的根据,一方面也承认国家的同意是国际法效力的根据。

格劳秀斯学派承认国际实践中的国家同意是国际法效力的根据之一,具有一定的合理性,但其折中主义立场认为“人类理性”也是国际效力的根据,仍未能对国际法效力的根据予以正确说明。

(四) 新自然法学派

第一次世界大战后,自然法学派在西方国际法学界中发展为“社会连带学派”(solidarists)和“规范法学派”(normativists)等新自然法学派(neo-naturalists)。

1. 社会连带学派

社会连带学派主要代表人物有法国学者狄骥 (Duguit)、塞尔 (Scelle) 和美国学者庞德 (Pound)。该学派认为一切法律的根据都在于“社会连带关系”这一“社会事实”，由“社会连带关系”所产生的社会规则通过人类的法律良知实现为具有强制性的法律规则。国际法效力的根据同样在于“国际社会连带关系”这一“国际社会事实”，由这种“国际社会连带关系”所产生的国际社会规则通过“各民族的法律良知”实现为具有强制性的国际法规则。

社会连带学派将对国际法效力根据的分析最后归结为一个纯粹的抽象概念“各民族的法律良知”，脱离国际社会实践，不过是旧自然法学派主张的“人类理性”、“人类法律意识”的翻版。

2. 规范法学派

规范法学派的主要代表人物是美籍奥地利学者凯尔森 (Kelsen)。凯尔森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“金字塔式”的法律体系中，法律规范分成各种不同的等级，每一级法律规范的效力都来源于处于上位的规范。国内法的效力来自于其整体性的上级规范国际法，而国际法规则的效力则来源于处于“塔尖”的一个“最高规范”（或称“原始规范”）即“条约必须遵守”。这一“最高规范”的根据在于人类的“法律良知”。

规范法学派抽掉法律的社会内容，简单地从法律规范内部来寻找国际法的效力根据，并以人类的“法律良知”这一抽象概念作为全部理论解析的最后根据，同样不能正确说明国际法效力的根据。^①

（五）新现实主义法学派

第二次世界大战之后，在西方国际法学界中还出现了新现实主义学派（或称新实证主义学派）。这个学派有两种主要学说：权力政治学说（doctrine of power politics）和政策定向学说（doctrine of policy oriented）。

1. 权力政治学说

权力政治学说认为国际政治支配着国际法，国际法的效力根据只能存在于国际政治之中。国际政治的核心是国家权力，因此“势力均衡”是国际法存在的基础，也就是国际法效力的根据。在该学说的理论体系中，“强权即公理”是处于支配地位的公式。权力政治学说将国际法与国际政治完全相混淆，不符合于国际社会现实。

2. 政策定向学说

政策定向学说由美国学者麦克杜韦尔 (Mc Dougal) 所创立，认为作为国际

^① 程晓霞：《国际法的理论问题》，天津教育出版社，1989年，第26页。

政治和国际法核心的国家权力具体表现为国家政策,因此国际法就是国家对外政策的体现,国际法的效力取决于国家的对外政策。

尽管国际法与国家的对外政策有着密切联系,但是如果将国际法与国家政策相混淆,将国家的对外政策视为国际法的效力根据,意味着承认国际法完全由各国政策特别是强国或大国的政策所左右。因此,该学说实际上接近于对国际法的否定。^①

以上各派学说都未能对国际法效力根据问题予以正确说明。我国学者对于这一问题较为普遍的意见是,国际法效力的根据是体现国家间协调意志的国际协议,理由在于:① 国际法是国家之间的法律,国家是国际法的制定者,因此只有国家之间达成的体现国家间协调意志的协议,才对各国具有拘束力。② 国际协议是国家间通过一定的立法程序共同制定的法律文件,是各国必须遵行的具有法律约束力的规范。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,国际法之所以不同于国际道德和国际礼让,就是因为国际法具有强制性,而国际法强制性的根据在于国家间的协议。这一主张克服了自然法学派和新自然法学派将“理性”和“良知”这些抽象的和捉摸不定的概念视为国际法效力根据的缺陷,也克服了实在法学派和新现实法学派将各国的“共同意志”、“强权”和“实力政策”等这些根本不能成立或错误的概念视为国际法效力根据的弊端,既揭示了国际法的本质内容,也揭示了国际法产生效力的实质。^②

① 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社,1998年,第34页。

② 杨成铭、王瀚:《现代国际法学》,中国法制出版社,2001年,第12~13页。