

“卓越法律人才培养计划”系列教材

国际公法案例教程

CASES AND MATERIALS OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

陈亚芸 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“卓越法律人才培养计划”系列教材

国际公法案例教程

CASES AND MATERIALS OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

陈亚芸 主 编
马 冉 刘 丽 熊安邦 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际公法案例教程 / 陈亚芸主编. —北京:法律出版社,2015

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8310 - 0

I. ①国… II. ①陈… III. ①国际公法—案例—高等学校—教材 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 192074 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/三河市兴达印务有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/720毫米×960毫米 1/16
版本/2015年8月第1版

印张/21.25 字数/390千
印次/2015年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8310 - 0

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

本教材为国际公法案例教学而设计,涵盖基本知识点,以传授国际公法学科的基本原理为核心理念,通过案例教授国际法基本知识。特别突出司法考试重点和要点,结合历年司法考试真题和模拟题,着重培养学生运用所学分析问题和解决问题的能力。综合案例部分,深度剖析国际法新近案例和热点问题,帮助学生理解我国在相关国际事件中的立场和对策。本书适用于高等院校法学院本科生教学、司法考试及司法部门干部培训。

随着全球治理兴起和对涉及全人类根本利益事项的关切,国际法朝着和平时期合作与经济共赢迈进,其在国际交往中的地位和作用凸显。近十年来,国际法在海洋划界、国际海底共同开发、国际争端解决、气候变化谈判、新一轮 WTO 部长级会议谈判、国家责任新规则、打击恐怖主义、重建全球金融秩序、保护人权等领域取得了长足的发展。顺应上述发展潮流,本案例教材在相关章节积极吸纳了国际法的新规则和新制度,体现学术前沿。在案例的选择和编排上力求体现最新,在观点和论证上吸纳国内外知名学者最新的研究成果。从发展中国家立场出发,客观解读现有国际规则,对西方学者观点不盲从。从人才培养目标看,配合卓越法律人才教育培养基地建设,着重培养卓越法律人才法律思维能力、职业技能和法律职业道德。

本书与国内其他国际法案例教材相比,有如下几个特点:

其一,定位准确。本教材以配合卓越法律人才教育培养基地建设为宗旨,突出法学教育的实用性。服务于司法考试,章节的设计紧紧围绕历年司法考试大纲和考点,所有知识点和案例题都来自历年司法考试真题和模拟题。这是与目前已出版的其他服务于一般课堂教学案例教材最大的不同,后者可能更多突出学理分析和知识讲解。

其二,章节设计合理,观点恰当。参照了国内权威国际法教材,体例编排上突出章节之间的内在联系。内容上多采取通说,同时注意适当介绍国际法新近发展,与时俱进,反映时代特征。

其三,材料新,反映国际争端和社会实践的新发展。综合案例突出国际法院、联合国国际海洋法庭、WTO 争端解决机制等国际争端解决机构有关新近案例,弥补国内已

2 编写说明

有国际法案例教学素材相对陈旧的不足。另外还特别突出对近两年国际热点新闻事件的分析,尤其是与中国相关的国际实践的解读。该环节设计有助于让学生学以致用,提高其运用所学知识分析问题和解决问题的能力。而且此种新发展和国际法热点,也极有可能是未来司法考试出题的原型和重点,因此对参加司法考试的读者也大有裨益。

本教材由获得博士学位且处于教学第一线的青年教师撰写。他们运用自己在国际法各个领域的专长和所学,结合课堂实际教学,搜集了大量的一手资料和最新案例。在此谨表示感谢。由于资历尚欠,学术积累有限,案例搜集的点和面可能还存在欠缺,如有不妥之处还请广大读者批评指正。

本教材各章节的分工如下:

陈亚芸(主编):第六章、第七章、第十章

马冉(副主编):第一章、第二章

刘丽(副主编):第六章、第十章

熊安邦(副主编):第八章、第十三章

李洪峰:第三章、第九章

黄赞琴:第四章、第十一章

谢晓庆:第五章、第十一章

谭氏:第十二章、第十四章

陈亚芸

2015年8月于郑州

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 国际法的概念	(1)
第二节 国际法的主体	(3)
第三节 国际法的渊源	(6)
第四节 国际法的效力根据与学派	(12)
第五节 国际法与国内法的关系	(14)
第六节 国际法的基本原则	(18)
第二章 国际法上的国家	(30)
第一节 国家概述	(31)
第二节 国家豁免	(36)
第三节 国际法上的承认	(40)
第四节 国际法上的继承	(46)
第三章 国际法上的个人	(54)
第一节 国籍	(54)
第二节 外国人的法律地位	(60)
第三节 引渡和庇护	(66)
第四节 难民	(71)
第四章 国家领土	(78)
第一节 国家领土与领土主权	(78)
第二节 国家领土的取得与变更	(83)
第三节 国家的边境和边界	(87)
第四节 南北极地区的法律地位	(91)
第五章 海洋法	(101)
第一节 内水及有关制度	(101)

2 目 录

第二节 领海及毗连区	(104)
第三节 专属经济区和大陆架	(108)
第四节 群岛水域及国际海峡	(112)
第五节 公海与国际海底区域	(115)
第六章 空间法	(126)
第一节 国际航空法	(127)
第二节 外层空间法	(133)
第七章 国际环境法	(144)
第一节 国际环境法概述	(144)
第二节 国际环境法的主要内容	(149)
第三节 中国与国际环境法律实践	(156)
第八章 联合国和区域性国际组织	(165)
第一节 国际组织概说	(165)
第二节 联合国	(170)
第三节 联合国专门机构	(176)
第四节 区域性国际组织	(177)
第九章 外交和领事关系法	(186)
第一节 概述	(186)
第二节 外交关系法	(188)
第三节 领事关系法	(199)
第十章 国际人权法	(209)
第一节 概述	(209)
第二节 国际人权条约体系	(210)
第三节 国际人权保护机制	(214)
第十一章 条约法	(221)
第一节 概说	(221)
第二节 条约的缔结	(224)
第三节 条约的效力	(230)
第四节 条约的解释和修订	(233)

第十二章	国际法律责任法	(248)
第一节	概述	(248)
第二节	国际法律责任的构成	(252)
第三节	国际法律责任的形式	(257)
第四节	国际法律责任制度的新发展	(261)
第十三章	国际争端的和平解决	(269)
第一节	概述	(269)
第二节	解决国际争端的政治方法	(273)
第三节	解决国际争端的法律方法	(275)
第四节	联合国与和平解决国际争端	(278)
第五节	区域机关或区域办法与和平解决国际争端	(281)
第六节	联合国海洋法公约的解决争端机制	(282)
第十四章	战争与武装冲突法	(292)
第一节	概述	(292)
第二节	战争状态与战时中立	(299)
第三节	限制作战手段和作战方法	(305)
第四节	保护战时平民和战争受难者	(312)
第五节	战争犯罪	(317)

第一章 导 论

◆ 本章提要

国际法,又称国际公法,是指调整国际法主体之间,主要是国家之间关系的,有法律拘束力的原则、规则和制度的总体。^[1]就主体、调整对象、制定方式和强制实施而言,国际法与国内法不同。就效力而言,国际法又不同于国际道德和礼让。国际法的历史可以追溯到15、16世纪,但现代国际法指的是从20世纪初起,经过第二次世界大战至今的国际法。国际法的主体除了国家,还包括国际组织等具备直接参与国际关系的能力,直接享有国际法上的权利和承担国际法上的义务和责任,且具有为维护其权利而进行国际诉讼的能力的实体。国际法的渊源有条约、习惯和一般法律原则等严格意义上的渊源,还包括司法判例、权威国际法学家学说等辅助型资料。无论对国际法整体还是对具体的国际法渊源来说,效力依据都是有关国家的同意。国际法作为一个独立的法律体系,其与国内法的关系既是理论问题,又是实践问题。理论上有一元论与二元论之争,实践中有纳入和转化的做法。依据《联合国宪章》和联合国大会的《国际法原则宣言》等国际法文件,国际法的基本原则主要有国家主权平等原则,互不侵犯、不干涉内政原则,禁止武力使用或威胁原则,和平解决国际争端原则,善意履行国际义务原则等。

● 司考重点

国际法的渊源,特别是条约与习惯;

国际条约在我国适用;

国际法的基本原则,特别是不干涉内政原则、民族自决原则与和平解决争端原则。

第一节 国际法的概念

◆ 本节知识背景

一、国际法的概念

国际法,又称国际公法,是指调整国际法主体之间、主要是国家之间关系的,有法

[1] 邵津主编:《国际法》(第四版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第1页。

律拘束力的原则、规则和制度的总体。国际社会是其产生的社会基础,国际关系是其唯一的调整对象。英国法学家边沁最早引入“国际法”一词,后被广泛采用。国际法是独立于国内法的法律体系,与国内法共同构成了当代人类社会完整的法律秩序。

二、国际法的特征

(一)法律关系的主体和调整对象

国际法主要是调整国家之间的关系,其主体主要是国家。这与国内法主要是调整自然人、法人之间的权利义务关系,主体主要是自然人和法人不同。

(二)制定法律规则的方式

国际社会没有也不应有凌驾于国家之上的国际立法机构来制定规则,当然更不能由任何一个国家单独制定国际法。国际法规则只能由国家在平等的基础上以协议的方式共同制定。这与国内法是由专门而权威的国家立法机关依一定的程序制定显然不同。

(三)强制实施的依据

与国际法的制定方式相对应的是,国际法的效力也不可能如国内法一样来自于国内统治阶级的意志,而是基于国家之间的同意或意志协调。

(四)强制实施的方式

国际社会没有超国家之上的执法机构,国际法的强制力是通过国家本身单独或集体的行动来实现的。这与国内法的强制力是由超越个体之上的有组织的国家强制机器来保障和实施不同。

国际法的上述特征与国内法不可同日而语。不能由于国际法的上述特点,而否定国际法的法律性。首先,国际法作为法律得到所有国家承认。这不仅从国际条约和国际习惯以及各国的国内法中反映出来,还可以从国家处理国际关系问题实践中得到印证。作为法律,国际法也具有规范性、普遍性、强制性、判断是非的标准、处理事件的依据等与国内法相似的一般法律特性。其次,正如国内法在绝大多数情况和场合下被很好地遵守一样,在国际社会的绝大多数场合,国际法的规则也被很好地遵守。国际社会正常秩序的维持和国家交往的有序进行,本身就表明国际法在被有效地执行着,无论是协议的签署、领导人的互访、外交官的派遣,还是和平的维持、争端的解决。再次,国际法的法律性也突出表现在对违法行为的处罚上。绝大部分违背国际法的行为都受到了法律的追究,实施不法行为的国家也都承担了法律责任。即使从事违反国际法行为的国家,也从否认国际法的法律性,而是努力试图为自己的行为寻找国际法上的法律根据。最后,确实有一些违背国际法的行为并没有得到应有的法律追究,特别是在一些涉及战争与和平的重大问题和某些大国违法的情况下。但从法学的角度看,一方面某些逍遥法外事实的存在并不能排除该违法行为的非法性,另一方面也不能以此否认国际法本身的法律性。当然,国际法不可能解决国际社会的所有问题,有关战争、和平、发展等根本性的问题,更不是国际法单独所能解决的。

[案例]

国际法的概念与特征

A 国与 B 国某公司签订了一项特许权协议,协议授予 B 国公司在 A 国境内的特许区域内开采和加工矿产的特许权,有效期为 60 年。协议规定,有效期内非因特殊情况和经过仲裁庭裁决,协议不能废除。20 年后,A 国通过了国有化法律,就此取消了 B 国公司的特许权。随后该公司要求以仲裁方式解决其与 A 国政府之间的争议,但被 A 国政府拒绝。B 国公司遂向本国政府提起外交保护,B 国政府于是向国际法院提起诉讼。

[问题]

对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 国际法院对本案的管辖权是基于特许权协议
- B. 特许权协议具有双重性质,既是国际法上的条约也是依据国内法签订的协议
- C. 国际法院对本案无管辖权
- D. B 国政府对 B 公司行使外交保护没有国际法依据

[解题思路]

国际法主要调整的是国家之间关系,只有国家与国家之间签订的书面协议才是条约,即便特许权协议是在两国政府经过多次谈判后签订的,但协议的主体并非 A、B 两国,因此不能被看作是符合国际法概念与特征要求的国际法形式,更不能作为国际法院处理国家间争端的依据。因此本题选 C。

第二节 国际法的主体

◆ 本节知识背景

一、国际法主体的概念

(一)概念

国际法主体又称国际法律人格者,是指独立参加国际关系并直接在国际法上享受权利和承担义务,并具有独立进行国际求偿能力的国际法律关系参加者。

(二)条件

(1)具有独立参与国际关系的资格。这是国际法主体的首要条件。独立参加国际关系有多种表现,如参加国际条约的谈判并缔结条约、派遣驻外使节等。如果一个实体不具备上述条件,它就不能被认为是国际法主体,例如一个国内公司,就不能像一个主权国家或政府间国际组织那样去参加国际关系,因而不是国际法的主体。在 1952 年国际法院对“英伊石油公司案”的判决中,国际法院就认为英伊石油公司是一个外国法人,而不是国际法主体。所以,伊朗与该公司签订的合同不是国家之间的条约。

(2)能够直接享有国际法赋予的权利并承担国际法规定的义务。实践中,具体的权利义务可能会因为主体类别的差异而有所不同。国家作为最基本的国际法主体,无论大小,由主权派生出来的国际法基本权利义务一致;而政府间国际组织,其主体性权利义务要受其组织章程的制约,属于派生性主体,且不同的政府间组织由于其职能不同,权利义务也不相同。例如,联合国作为世界上最大的政府间国际组织,负有维持国际和平与安全的任务,因此有权组织维和部队,而其他政府间组织则没有这项权力。

(3)能够为维护其权利而进行国际诉讼,或者理解为进行国际求偿的能力。例如,政府间国际组织作为国际法主体资格已经没有什么争议,尽管其权利义务因为各自章程的差别会有个体差异,但作为国际法主体,国际求偿能力是必不可少的。而且从一定程度上讲,政府间组织的国际法主体地位的确立主要源于其国际求偿能力的实现。例如,1948年联合国赔偿案,国际法院的咨询意见认为联合国是国际法主体,享有国际权利和义务,有资格通过国际求偿维持它的权利。

二、国际法主体的范围

(一)主权国家

国际法主要是处理国家之间关系的法律,因此国家是国际法的基本主体,是在国际法上唯一具有全面的和固有的权利能力和行为能力的一类主体。

(二)政府间国际组织

国际组织由国家组成,其国际法主体地位并非如国家一样与生俱来,是随着国际实践的发展而逐渐被认可的。就其获得国际法主体地位的依据来说,学界历来存在“约章授权论”及“暗含权力论”两种观点。前者认为只有在组织约章中明确赋予国际组织以国际法主体地位的情况下,这种主体法律资格才存在;后者则认为国际组织的主体地位是组织约章暗示赋予的,只要国际组织在其章程规定的宗旨范围内行事,就应享有国际法主体地位。随着国际实践的发展,特别是联合国的成立,其在实现其宗旨和原则所必要的范围内,采取与会员国或其他国际组织签订协定、召开各种国际会议、参与或主导国际立法等方式以组织的名义行使各种维护和平与安全的职责,并在职责范围内承担法律责任或以组织的名义要求当事方承担赔偿责任。政府间国际组织的主体地位得到了广泛承认,但普遍认为体现其国际法主体地位的权利、能力的性质和范围主要取决于组织的职能需要,是一种职能性权利和权力。例如,根据《国际法院规约》,联合国不同于主权国家,不能成为国际法院的当事者。

(三)正在争取独立的民族解放组织

争取独立的民族解放组织的国际法主体资格问题,是在民族解放和独立运动发展过程中提出来的。“二战”之后,殖民地和半殖民地在争取独立的过程中,不仅形成了代表该民族进行独立运动的政治组织,而且还作为政治实体参与了国际关系,其国际法主体资格逐渐得到国际社会的承认。尽管争取独立的民族组织具有国际法主体资格,可以享受国际法权利和承担国际法义务,但由于其未建立起国家,未能在全国范围

内实现有效统治,行使管辖权的范围就受到一定限制,也不可能履行所有的国际权利与义务。因此,争取独立的民族解放组织不能像国家那样拥有完全的权利能力和行为能力。而一旦国家建立,国家的国际法主体资格就取代了民族解放组织的主体资格。从这个意义上讲,争取独立的民族解放组织是一种过渡性的国际法主体。例如,在巴勒斯坦国成立之前,巴勒斯坦解放组织已得到 120 多个国家的承认。

(四) 个人

关于个人的国际法主体资格问题存在不同学说:唯一主体说、肯定说和否定说等。国际关系的实践表明,个人虽然也享有和承担某些国际权利和义务,但是个人并非直接承受国际法上的权利和义务,他们所承受的权利和义务基本上是国家授予的。在某些例外情况下,个人可以直接享受国际法上的权利和承担国际法上的义务,因而国际法至少已经趋向于承认个人是部分的国际法主体。

从传统国际法来看,个人除了仍然是受保护的對象之外,也同时行使着他们的权利,例如向国际人权机构申诉。再如履行他们相应的义务,如依照国际法对其所犯罪行为承担刑事责任。当今个人直接享有国际法上权利的实践不胜枚举,最典型的就是涉及人权保护的公约。早在 1950 年签订、1953 年生效的《欧洲人权公约》里,就有设置人权委员会和人权法院以确保各缔约国履行其条约义务并对侵犯人权的缔约国进行制裁的规定。根据该公约,个人依照该公约所享有的人权是国际法上的权利,并且当个人权利受到侵害时,个人无须通过本国就可以直接向作为准司法机关的人权委员会提出申请,以实行其依照该公约所享有的人权。虽然该公约同时规定人权委员会接受个人的这种申请必须以缔约国事先作出声明同意接受委员会管辖为前提,但所有的缔约国都在缔结该公约时声明接受了这一管辖。《公民权与政治权公约任择性议定书》第 1 条规定,委员会有权考虑加入本议定书的公约成员国内个人的有关申诉。《非洲人权和民族权宪章》议定书还规定,个人和非政府组织可以以“法庭之友”的身份针对案件为法院提供有利于说明案件真实情况的证据,比如专家证明,这都是对国际法主体理论的重大突破。2001 年 6 月 27 日“拉格朗德案”的判决认为《维也纳领事公约》赋予个人的权利遭到了侵犯。此案中,德美都是该公约及其议定书的缔约方,当拉格朗德兄弟被定罪判刑时,美国政府没有依照上述公约的规定向他们提供必要的信息,也没有向德国领事馆通报二人被捕。美国承认违约,所以国际法院认为,美国应根据公约中列明的权利对有罪判决和刑罚进行复查。

就个人承担国际法上义务来看,纽伦堡审判、前南法庭、卢旺达刑庭、塞拉利昂法庭以及东帝汶法庭,都证明了个人如果违反国际法上的义务,就要承担个人责任。2014 年 1 月 23 日国际法庭作出判决,谴责多名“前南斯拉夫”和“塞尔维亚”高级官员在科索沃战争中犯下重罪,并追究他们的战争责任。所以从实践来看,完全否定个人在国际法上的权利义务的观点不成立。

[案例]

国际组织的国际法主体资格问题

某一政府间国际组织的职员在成员国甲境内履行职务过程中,与甲国人之间发生了财产纠纷。

[问题]

对此,下列哪些选项是正确的?

- A. 应由职员的国籍国向甲国人负责
- B. 应由职员个人负责
- C. 职员的职务行为应由该政府间国际组织负责
- D. 该政府间国际组织作为国际法主体应与甲国之间就纠纷进行沟通协调

[解题思路]

政府间国际组织的国际法主体地位随着联合国国际法主体地位的确立而逐渐得以广泛公认,其主体地位的具体法律依据可以由组织法文件明示规定或暗含赋予。政府间国际组织职员的职务行为是其作为组织代表行使的具体行为,与个人及其母国均无直接关系,行使职权过程中与他国及其国民之间的纠纷均应由政府间国际组织负责。因此,本题选 CD。

第三节 国际法的渊源

◆ 本节知识背景

一、国际法渊源的概念

国际法的渊源一般是指国际法规则作为有效的法律规则所存在和表现的方式。它的意义在于指明到哪里寻找国际法规则,以及如何识别一项规则是否是有效的国际法规则,以使国家等国际法主体从事国际交往时有据可查。另外国际法渊源是国际争端解决过程中确定可适用的法律的前提。

二、国际法的渊源

《国际法院规约》第 38 条的规定虽为关于国际法院适用法律的规定,但学界常视其为对国际法渊源的权威说明。根据该条款,国际法渊源表现为以下几种形式:

(一) 国际条约

1. 概说

国际条约是国际法主体间就其权利义务关系缔结的书面协议。条约有很多名称,如公约、国际协定、条约、宪章、规约、宣言等。国际条约是现代国际法最主要的法律渊源,是当代国际法规则的主要表现形式。随着政府管理的增强和技术通讯手段的创

新,国际生活发生了重大改变,许多问题都需要进行跨政府的合作规制。

2. 契约性条约与造法性条约

从渊源的角度看,根据条约的内容可将条约分为契约性条约和造法性条约。前者一般是两个或少数几个国家间就某些特定事项明确彼此权利义务关系的条约,如贸易交通等事项的条约。后者是由多国参加制定的普遍性国际条约,以确立或修改某些国际法原则、规则和制度为目的及内容。造法性条约可能是规范性条约,规定了要遵守的行为规范,如《南极条约》和《种族灭绝公约》;还可能对现有规则的明确及对现存习惯规则的编纂,如《外交关系公约》。从确立国际社会一般法律规则的角度看,多数国家参加的“造法性条约”,无疑具有更重要和普遍的意义。但是,由于所谓“契约性”和“造法性”条约在实践中往往很难区分开,并且任何条约都为当事国创立法律上的权利义务,因此,从对缔约国具有法律拘束力的角度看,二者没有本质区别。例如,《联合国宪章》、WTO 协定。^[1]

3. 条约的效力

作为渊源,条约值得注意的还包括其约束力的范围问题,约定必须遵守和条约对第三方无损益是相关的重要规则。1969 年《维也纳条约法公约》第 34 条规定:条约非经第三国同意,不为该国创设义务或权利。所以如出现一方是条约缔约国,另一方不是的情况,如何确定条约的适用范围成为关键。处理的方法首先是条约在一定情况下可以适用于第三方,需满足的前提条件是第三方愿意接受条约中规定的义务。其次是条约以习惯的形式对第三方产生作用。例如尼加拉瓜军事与准军事行动案中,鉴于美国在 1946 年接受国际法院强制管辖权的声明中对涉及多边条约的案件所作的一项保留(简称“多边条约保留”),法院决定不适用任何多边条约,而是将《联合国宪章》中不干涉内政等基本原则的规定当作国际习惯来适用。

(二) 国际习惯

1. 概说

国际习惯是指在国际交往中由各国前后一致地不断重复所形成的,并被广泛接受为有法律拘束力的不成文的行为规则或制度。国际习惯是国际法最古老、最原始的渊源。国际习惯的最重要的意义在于它的普遍性和基础性。虽然现在许多的国际习惯被编纂进条约,但是从效力的普遍性上讲,条约并不能替代被其编纂的国际习惯。同时,条约不可能涵盖国家实践中的所有方面的规则,新的习惯规则仍不断产生。

2. 构成要素

国际习惯的构成要素有两个:一是物质要素或客观要素,即存在各国反复一致地

[1] 除了多边条约,实践中还存在这种可能,一个双边条约开始时只表明两个国家之间同意的做法,后来具有相似用语的条约在许多别国之间缔结,从而使该实践成为法律规则。但是,最初的双边条约不具有造法性,也不应视为造法性条约。

从事某种行为的实践;二是心理要素或主观要素,它要求上述的重复一致的行为模式被各国认为具有法律拘束力,即存在所谓法律确信。

就物质要素而言,一般要求时间上连续适用、空间上普遍适用、数量上多次不断重复和方式上对同类问题采取一致的做法。具体适用时间的长短取决于问题的性质与内容。^[1]所谓普遍适用和数量多次,也不可能达到量上的绝对要求,习惯法的形成决定于多数国家的态度,而大国以及具有代表性的国家的影响力显然会发挥更大的影响。例如,英国对19世纪时产生的许多海洋法规则发挥了决定性的作用。而无论有多少内陆国提出什么要求,施加多少压力,如果主要海洋大国不接受,就不可能形成习惯法。

就心理要素而言,指的是一种法律上的信念,即某一特定实践是“依法”实施的。法律确信的存在不仅要求相关行为已经成为确定的实践,而且要求必须有证据证明相关国家这样行为是因为确信法律上有规则要求这样的行为。行为发生的频繁程度,甚至是它具有的惯常的特征本身,都不足以证明法律确信的存在。由于无论是物质要素或法律确信,都是在实践中表现出来,因此证明一项国际习惯的存在,必须从国际法主体的实践中寻找证据。一般应特别注意以下三个方面:第一,国家间的各种文书和外交实践;第二,国际组织和机构的各种文件,包括决议、判决等;第三,国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。在缺少法律确信的情况下,即使是一致的国家实践也不能创造习惯法规则,如在公海上对外国军舰行礼是惯常做法,但不是习惯法。法律确信在很大程度上是一个证据问题。只有在证据的不断取舍、比较之中,才可以得出习惯法要么存在要么不存在的结论。

3. 习惯与惯例

在国际法中,“习惯”一词是意义明确的法律用语。而“惯例”一词,广义上看,它既包括具有法律拘束力的习惯,也包括没有法律拘束力的一般通例(如以国际贸易术语为主要表现形式的国际商事惯例);狭义上看,它常被用来专指没有法律拘束力的一般实践或通例。对这些用法应注意加以区分,以便正确地理解和使用。

(三)一般法律原则

对于一般法律原则的含义以及其是否构成独立的国际法渊源,存在不同看法。较为广泛接受的观点认为,它是指各国法律体系中所共有的一些原则。在已有判例中曾被实际适用的一般法律原则主要有:禁止反言、禁止自己裁判、禁止权利滥用、不得因不法行为而获利、一事不再理、诚信、约定必须遵守、特别法优于一般法、法不禁止即允许等。一般法律原则存在的事实并不会因为构成该原则的规则在不同情况下具有相

[1] 在空间法上,时间往往很短,甚至是瞬间完成的,例如外空自由与人间卫星的过境权,就是在发射卫星的瞬间完成的;而在其他领域中,往往需要较长时间。如紧追权的做法早已有之,但直到1929年3月加拿大一艘名叫“I'm Alone”的商船被美国军舰在公海上击沉而引起争议,才使这项规则明确起来。

似的但并非完全相同的表现形式而改变。

在国际法实践中,国际法院和国际仲裁法庭在裁判或裁决案件时,即使适用一般法律原则,也是为了填补国际条约和国际习惯的空白,都是补充性的法律渊源。从这个意义上讲,一般法律原则不是独立的国际法渊源,在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用。例如,巴塞罗那电力公司案中,国际法院在判断公司是否具有独立的法律人格问题上,认为当时的国际法没有既有规则,所以需要求助于各国公司法的原则。

(四) 辅助性资料

按照《国际法院规约》第38条的规定,司法判例、公法学家学说被列为确立法律原则的辅助资料。也就是说,它们本身不是独立的国际法的渊源,而是辨认证明国际法原则时的辅助方法。实践中,国际组织或国际会议的决议也常被当作辅助性资料看待。

1. 司法判例

司法判例首先是国际法院的判例,同时也包括其他国际司法机构和仲裁机构的判例,还包括各国国内的司法判例。根据《国际法院规约》第59条的规定,国际法院的裁决除对当事国及本案外无拘束力。所以,国际法院判例不是法律的渊源之一,而只能作为确立法律规则的辅助材料或证据。以国际法院为例,其判例就经常在审理以后的案件时被援引,如北海大陆架案中有关大陆架划界标准的裁断在日后的有关争端里就经常被援引。

2. 各国国际法权威学者的学说

不仅包括学者著作,还包括著名学术团体,尤其是国际法研究所,以及国际法委员会的报告等。历史上,权威国际法学家的著作和学说,如格劳秀斯的著作,曾对确立和阐明某些国际法规则帮助很大。尽管现在由于国际法材料丰富易得,对国际法学家著作的依赖有所减少,但是,国际法学家的学说,对于国际法的影响依然存在,仍然是确证的有力方法和证据。

3. 国际组织的决议

随着国际关系的发展,国际组织大量出现并对国际法产生重大影响。实践表明,即使那些本身对成员国没有拘束力的决议,如联合国大会的一般决议或宣言,对于有关国际法规则的认识和建立也具有重要的意义和作用。例如,1960年《给予殖民地国家和人民独立宣言》即构成了对《联合国宪章》第11章“关于非自治领土之宣言”的具体解释。以联大决议为代表的国际组织决议不仅数量很大,而且内容迥异,因此,很难说它们具有同样的法律效力。一般认为,内部决议不能构成国际法的渊源。而为统一成员国的政策或协调成员国的对外行动等外部目的而形成的外部决议,如果其表现了基本文件的精神及会员国共同的法律信念,那么就没有理由可以否认这个决议的法律性。此时国际组织的决议,特别是联合国大会的决议,可以和司法判例以及