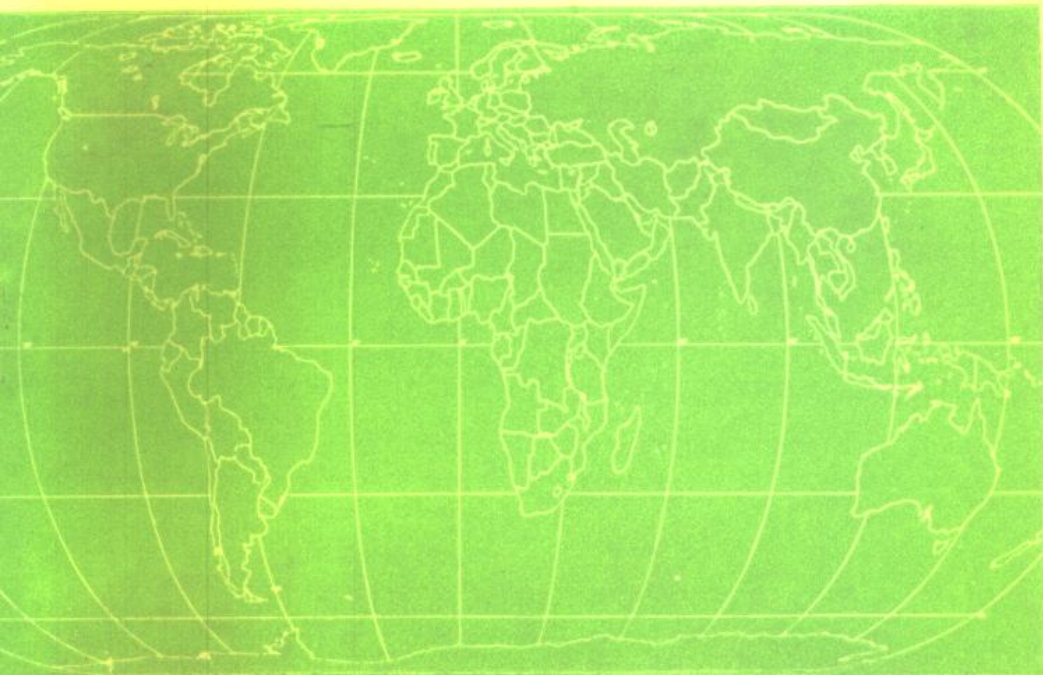




# 国际法基本理论

赵理海 著

北京大学出版社



# 国际法基本理论

赵理海 著

北京大学出版社

# **国际法基本理论**

**赵理海 著**

\*

**北京大学出版社出版**

**(北京大学校内)**

**北京大学印刷厂印刷**

**新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售**

\*

**787×1092毫米 32开本 6.75印张 180千字**

**1990年7月第一版 1990年7月第一次印刷**

**印数：0001—5,000册**

**ISBN 7-301-01125-3/D·104**

**定价：2.70元**

## 前 言

本书是作者经过长期努力而写成的一部国际法专著。全书试图在马克思列宁主义、毛泽东思想的指引下，对国际法的概念、性质、渊源、国际法与国内法的关系等基本理论问题，作全面系统的论述，并提出个人的见解。与此同时，除详细地介绍西方国际法学家对上述各问题的观点外，还着重评介早期和20世纪的西方国际法学各流派。对有关国际法主体和国家承认问题的各种理论，也作比较深入的阐述。

国际法的基本理论不同于国际法个别领域的理论。后者只适用于局部，如外层空间法中的功能论和空间论，条约法中的情势变迁学说，有关外交特权与豁免的治外法权说、职能说、代表说等，都是针对国际法上某一领域的个别问题而提出的理论。前者统贯全局，是涉及国际法一切领域，构成整个国际法的基础和核心的理论。

这部著作的完成并不是一帆风顺的，而是冲破了种种难关才实现的。本书篇幅虽不算长，但拖延的时间之久，争论的问题之多，面临的难度之大，是我毕生科研中罕见的。

早在60年代初，我就从批判资产阶级国际法学着手开始撰写此书。由于众所周知的原因，过了将近20年，我才以无产阶级的立场、观点和方法，写出了具有中国特色的国际法理论基础部分。近三年来我进一步填补了一些遗留下来的空白

和难题，如一般法律原则作为国际法的渊源及政策定向学派等，终于完成了这部搁置已久的稿件。

国际法的性质如何？我国国际法学界曾长期争论不休，议论纷纭，莫衷一是。50年代末，我也曾写过一篇有关这个问题的稿件，不久又作了修订。然而，时至今日，打开原稿一看，才发现根本不合时宜，只好扔在字纸篓里，重新搜集资料，全部从头写起。三易其稿，才差强人意。

在极左思潮的笼罩下，法律虚无主义，以政策代法律，在我国国际法学界也曾盛极一时。国际法是否真正的法？国际法是否具有强制力？国际法的作用如何？对这一系列问题当时大都持否定或怀疑态度。为了彻底肃清法律虚无主义的影响，本书对此都作了正面的解答。

理论应与实践相结合。国际法的理论应当为我国的外交实践服务。本书在讨论“国际法与国内法的关系”时，就曾参阅我国《民法通则》第142条、《民事诉讼法》第219条以及《涉外经济合同法》第6条，指出美国不得以一项国内法“与台湾关系法”、日本不得以日本宪法所规定的“三权分立”开脱其国际责任。作者在撰写“光华寮案”一文时，也曾参阅本书有关“承认的法律效果”的论断。

理论和原则也是密不可分的。一味讲国际法的基本理论而不提国际法的基本原则是不完善的。但本书限于体例，只是将《和平共处五项原则是当代国际法的基本准则》一文，作为“附录一”附在后面。

除指导参考书外，本书还引用了一百几十种外文图书。书中的注解，都译成中文。为了便于查阅起见，现将本书所引用的图书期刊编成参考书目，作为“附录二”列入。

由于作者理论水平有限，掌握的图书资料还不够齐全，书中缺陷在所难免，尚望读者予以指正。

赵理海

1988年8月8日于北京大学





# 目 录

|                      |      |
|----------------------|------|
| 第一章 国际法的概念           | (1)  |
| 一、国际法的名称             | (1)  |
| 二、国际法是否是真正的法?        | (2)  |
| 三、国际法是否具有强制力?        | (5)  |
| 四、国际法与对外政策和外交        | (7)  |
| 五、国际法与国际私法           | (11) |
| 六、国际法的定义             | (13) |
| (一) 西方学者所下的国际法定义     | (13) |
| (二) 苏联国际法著作中通用的国际法定义 | (19) |
| (三) 我国法学界的国际法定义      | (22) |
| 第二章 国际法的性质           | (24) |
| 一、国际法的产生和发展          | (25) |
| 二、现代国际法的主要内容         | (30) |
| 三、现代国际法是公认的国际法       | (38) |
| 第三章 国际法拘束力的根据        | (43) |
| 一、自然法学说              | (43) |
| 二、实在法学说              | (44) |
| (一) 自我限制说            | (45) |
| (二) 共同意志说            | (46) |
| (三) 条约必须遵守说          | (49) |

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| <b>第四章 国际法的渊源</b>     | (51)  |
| 一、自然法学说               | (52)  |
| 二、实在法学说               | (53)  |
| (一) 国际条约              | (53)  |
| (二) 国际惯例              | (56)  |
| (三) 一般法律原则            | (59)  |
| (四) 确定法律规范的辅助资料       | (66)  |
| 三、基本规范说               | (69)  |
| 四、社会连带说               | (71)  |
| 五、个人心理说               | (73)  |
| <b>第五章 国际法与国内法的关系</b> | (75)  |
| 一、二元论                 | (75)  |
| 二、一元论                 | (77)  |
| (一) 国内法优先说            | (77)  |
| (二) 国际法优先说            | (79)  |
| 三、各国实践                | (83)  |
| <b>第六章 西方国际法学流派</b>   | (87)  |
| 一、早期西方国际法学的萌芽及流派的形成   | (88)  |
| (一) 格老秀斯的先驱者          | (88)  |
| (二) 格老秀斯的国际法学说        | (95)  |
| (三) 格老秀斯之后的国际法学流派     | (100) |
| 二、二十世纪西方国际法学的新流派      | (112) |
| (一) 新自然法学派            | (112) |

|                                                     |              |
|-----------------------------------------------------|--------------|
| (二) 社会连带学派·····                                     | (116)        |
| (三) 规范学派·····                                       | (118)        |
| (四) 政策定向学派·····                                     | (118)        |
| <b>第七章 关于国际法主体和国家承认问题·····</b>                      | <b>(133)</b> |
| <b>一、国际法的主体·····</b>                                | <b>(133)</b> |
| (一) “只有国家是国际法主体”说·····                              | (134)        |
| (二) “个人是国际法的主体”说·····                               | (137)        |
| (三) “国际组织是国际法主体”说·····                              | (153)        |
| <b>二、国家承认问题·····</b>                                | <b>(162)</b> |
| (一) “宣告说”和“构成说”·····                                | (162)        |
| (二) 是否有承认的法律义务?·····                                | (168)        |
| (三) “事实上的承认”和“法律上的承认”·····                          | (177)        |
| (四) 承认的法律效果·····                                    | (182)        |
| <b>附录一 和平共处五项原则是当代国际<br/>          关系的基本准则·····</b> | <b>(186)</b> |
| <b>附录二 参考书目·····</b>                                | <b>(191)</b> |



# 第一章 国际法的概念

## 一、国际法的名称

一提起国际法，人们就会问到，国际法这个名称是怎么来的？西方学者一贯宣扬，国际法是资产阶级所独创，从17世纪荷兰的格老秀斯(Hugo Grotius)起才有了国际法这个名称。诚然，在1625年出版的格老秀斯所著《战争与和平》(De jure belli ac pacis)一书中，除自然法外，还引用了拉丁文 *Jus gentium* 一词，即万民法，来称呼约束人类关系的意志法。但是，*jus gentium* 一词并不是格老秀斯独创的，而在罗马法中早已有之，属于罗马法的一部分，与 *jus civil* 即市民法相对称。在罗马帝国，*jus civil* 只适用于罗马公民，而 *jus gentium* 则适用于外国人及其财产以及外国人和罗马人之间的关系。

在西方的国际法文献中，对于 *jus gentium* 的真正含义存在着分歧。有的西方学者将“万民法”理解为“全民私法”，这是令人难以接受的。最初，“万民法”在本质上是属于国家之间的法，只是后来才含有“全民私法”的意义。7世纪时就有人给“万民法”下了个定义说：“地方的占有、建立和巩固，战争、俘虏、奴隶、同盟、和约、休战、不侮辱使节的神圣义务以及禁止异族人之间的婚姻等，构成万民

法。”<sup>①</sup>

16世纪，西班牙的寺院法学家维多利亚 (Francisco Victoria) 提出了 *jus inter gentes* 的名称，即万国之间的法。这一名称久已罔闻。17世纪中叶，英国牛津大学教授兼海事法官苏支 (Richard Zouche) 才沿用了这一名称，即 *Law of Nations* (英语)、*droit des gens* (法语)、*Volkerrecht* (德语)，汉译为万国公法。但是，由于主权国家之上没有更高的主权，万国公法往往被认为是国家间的法，而不是国家之上的法。因此，1780年，英国人边沁 (Jeremy Bentham) 主张用 *International Law* (国际法) 这一名称，在瑞士又加添了 “public”

(公) 一字，法语改称为 *droit international*，德语为 *Das Völkerrecht*，西班牙语为 *derecho internacional*，俄语为 *Международное право*。上面两种名称至今仍然交互使用。

## 二、国际法是否是真正的法？

国际法是否是真正的法？这是西方国际法学界久已争论不休的一个问题。普芬道夫在谈到这一问题时，早已作了否定回答。19世纪英国的奥斯汀 (John Austin) 则公然否认国际法的法律性质。他主张只有一个固定的立法当局所制定的并以实际制裁来实施的规范才可以被认为是法。照他的说法，法律是政治上的上级给予下级的命令，而国际法却不存在这样的情况。因此，他断言，国际法“不是实在法而是实在道德的一

---

<sup>①</sup> 柯热夫尼柯夫：《国际公法参考教材》，莫斯科，1947年版，第21页。

个部门”，<sup>①</sup>即通常所说的国际道义。

第二次世界大战结束时，不少人就曾认为国际法不过是一些只唱高调、不切实际的东西。在他们看来，国际法的主要任务是防止国际间的战争，维持国际和平与安全。因此，由于德、意、日法西斯粗暴地践踏国际法，使人们对国际法深表怀疑。

在我国，长期以来，一种“左”的法律虚无主义思想笼罩了整个法学界，国际法学界也不例外。从50年代后期起，国际法就被说成是资产阶级的、修正主义的，这套东西被认为是“可有可无”的，对这套东西就是要“无法无天”，不能用国际法“束缚自己的手脚”，仿佛有了政策就可以不要法律。诸如此类的论调曾经盛极一时，诚可谓禁区林立，谈“法”色变。

特别是在“十年动乱”期间，在“两个否定”和“一个砸烂”的大棒摧毁下，国际法的教学和研究机构统统被解散，从事国际法的教学研究人员都被迫下放劳动或改行，这方面的工作完全停顿了。这就给我国国际法学界带来了灾难性的后果。人们不禁要问，是否还存在国际法？

诚然，国际法本身有不少缺陷，比起国内法要脆弱得多。在国际范围内没有一个国际立法机关能够决定什么是法，什么已经不是法；也没有一个具有强制管辖权的国际法院，只是对自愿接受法院判决的国家创造某种义务；更没有一个强有力的国际警察来执行法律，而是由各国自行采取其认为适当的措施以实施自己的权利。然而，国际法是法的一个部门，则是被公认的了。美、英、法、日、联邦德国、奥、

---

<sup>①</sup> 奥斯丁：《法理学讲义》，1885年第五版，第I卷，第96页；劳特派特：《法在国际社会中的作用》，1933年版，第402—403页。

比、荷、瑞士、阿根廷等国宪法，甚至规定国际法为国内法之一部，便是明显例证。

法的客观存在是一回事，对法的破坏是另一回事。违法不等于无法，二者不得混为一谈。譬如，有的国家的婚姻法规定不许重婚，但偏偏有人这样作，难道婚姻法就因之而不存在了吗？尽人皆知，故意杀人者死，但杀人抢劫的案件仍屡见不鲜，也不能就因此说这种刑法不存在。犯罪是一种社会现象，不能因为社会上有犯罪现象而否定法的本身。反之，法正是为了预防或制止这种犯罪行为而制定的。

国际法亦复如此。尽管近年来超级大国侵犯别国主权、干涉别国内政的事件层出不穷，但尊重国家主权独立和领土完整，互不侵犯、互不干涉内政等原则，仍不失为国际法的基本原则，被用来作为揭露和谴责侵略和扩张行为的有力武器。因此，当前的问题是如何制止帝国主义者发动新的侵略，给予破坏国际法的侵略者以严厉制裁，而决不能因为帝国主义者破坏国际法而根本否认国际法的存在。

各国的实践表明，国际法在多数情况下都得到认真遵守，违反国际法的行为毕竟是少数。试问两国间不相互承认或建立外交关系能够维持和发展其正常关系吗？外交使节被剥夺外交特权与豁免能够自由而无阻碍地执行其职务吗？居住其境内的外国人难道不都遵守所在国的法律？而一国对侨居国外的本国公民遭受歧视或虐待不都予以外交保护？有哪个国家不许外国商船无害通过其领海？又有哪个外国军舰驶入一国港口而不事先经过许可？国家对其领土上空的完全而排他的主权，以低潮线（或直线）为基线的领海宽度的划法，两国间的通航河流以主航道中心为界等原则和制度，不也是确定



不移的、得到普遍遵守的国际法准则吗？正唯如此，美国著名国际法学家、前常设国际法院法官穆尔（J. B. Moore）和英国牛津大学教授布赖尔利（Brierly）异口同声地说：国际法、特别是国际平时法“大体上象国内法一样得到遵守”<sup>①</sup>。美国芝加哥大学教授摩根索（Hans J. Morgenthau）也指出：“当一项国际法准则遭到破坏时，它并不总是得到实施；当确实采取行动实施这项准则时，并不总是见诸实效。但是，完全否认国际法作为有拘束力的法律规范和制度而存在，则属无稽之谈。”十分明显，对国际法采取虚无主义的态度是毫无根据的。

### 三、国际法是否具有强制力？

维护什么，反对什么，人们应当做什么，不应做什么，这是一切法律包括国际法首先要弄清楚的一个问题。凡违反法律的行为都有一定的社会危害，违反国际法也必然会给国际和平与安全带来不利的影响。违法行为须负有相应的法律责任，承担一定的带强制性的法律义务，破坏国际法也要受到应有的惩罚或制裁。特别是对和平的威胁、对和平的破坏或侵略行为，决不能袖手旁观，听之任之。大敌当前，姑息迁就，对侵略行径不予以有力遏制，对战争挑畔不坚决回击，就会怂恿侵略。只有严惩侵略者，才能维持国际和平与稳定。国际法上的制裁问题于是应运而生。

从法的强制力来看，国际法和国内法是大相迥庭。国内法是依靠有组织的国家暴力机关如军队、警察、法庭、监狱等来保证法的实施。国际法却没有凌驾于国家之上的有组织

---

<sup>①</sup> 杰塞普：《国际法的现实》，载美国《外交季刊》，1940年1月号，第244页；布赖尔利：《国际法》，1938年版，第72—73页。