

GUOJIFA

国际法

主 编：邹龙妹

副主编：黄秋丰 姜 莉

全书系统地论述了现代国际法的原则、规则和制度，重点分析了一些重要理论问题，包括新出现的问题。国际法内容丰富、复杂，本教材力图深入浅出地解释理论问题，并在体例上为方便学生自主学习而进行了设计。每章之前设有内容提要，文中直接引用案例并用不同字体标出，每章之后列有思考题，并配有插图，效果直观。本书不仅方便本科法学及相关专业学生课堂使用，对外语专业、新闻专业和国际关系专业的学生，以及外交、外事部门的实际工作者也有一定的参考价值。

知识产权出版社

21 SHIJI GAODENG JIAOYU

FAXUE JIAOCAI CONGSHU

D99
63

GUOJIFA

国际法

主 编：邹龙妹

副主编：黄秋丰 姜 莉

内容提要:

本书是“21世纪高等教育法学教材丛书”中的一册。

全书共13章,系统地论述了现代国际法的原则、规则和制度,重点分析了一些重要理论问题,包括新出现的问题。国际法内容丰富、复杂,本教材力图深入浅出地解释理论问题,并在体例上为方便学生自主学习而进行了设计。每章之前设有内容提要,文中直接引用案例并用不同字体标出,每章之后列有思考题,并配有插图,效果直观。本书不仅方便本科法学及相关专业学生课堂使用,对外语专业、新闻专业和国际关系专业的学生,以及外交、外事部门的实际工作者也有一定的参考价值。

责任编辑:苏媛媛 马 岳 装帧设计:张 冀

图书在版编目(CIP)数据

国际法/邹龙妹主编.—北京:知识产权出版社,2008.6

(21世纪高等教育法学教材丛书)

ISBN 978-7-80247-063-7

I. 国… II. 邹… 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073838号

国际法

主 编 邹龙妹

副主编 黄秋丰 姜莉

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000860 转 8325

印 刷: 北京凯达印务有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

版 次: 2008年7月第一版

字 数: 503千字

邮 编: 100088

邮 箱: zscq-bjb@126.com

传 真: 010-82000893

责编邮箱: mayue119@139.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 25

印 次: 2008年7月第一次印刷

定 价: 50.00元

ISBN 978-7-80247-063-7 / D · 598 (2117)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

各 章 分 工

主 编：邹龙妹

副主编：黄秋丰 姜莉

撰稿人（以章节先后为序）：

邹龙妹：第一章、第八章、第十章

姜 莉：第二章、第三章、第四章、第十一章

黄秋丰：第五章、第六章、第七章、第九章

寇颖娇：第十二章、第十三章

目 录

第一章 国际法导论	1
第一节 国际法的概念	1
第二节 国际法的效力根据与学说	6
第三节 国际法的渊源和编纂	8
第四节 国际法与国内法的关系	15
第五节 国际法的基本原则	18
第二章 国际法的主体	26
第三章 国际法上的国家	36
第一节 国家的要素和基本权利	37
第二节 国家和政府的承认	45
第三节 国家继承暨政府继承	59
第四节 国家责任	67
第四章 国际法上的居民	75
第一节 国籍	76
第二节 外国人的法律地位	87
第三节 外交保护	94
第四节 引渡和庇护	99
第五章 领土	103
第一节 领土和领土主权	104
第二节 领土的取得和变更	113
第三节 边界和边境	123
第四节 南北极	131
第六章 国际人权法	134
第一节 概述	135
第二节 国际人权法的内容	141
第三节 国际人权法的国际实施机制	161

第七章 海洋法	167
第一节 概述	168
第二节 海域划分	169
第三节 内海	171
第四节 领海	175
第五节 毗连区	182
第六节 专属经济区	185
第七节 大陆架	189
第八节 用于国际航行的海峡	195
第九节 群岛水域	199
第十节 公海	202
第十一节 国际海底区域	212
第八章 航空法和外层空间法	214
第一节 航空法	214
第二节 外层空间法	225
第九章 外交和领事关系法	233
第一节 概述	234
第二节 外交关系法(上)外交机关和外交人员	238
第三节 外交关系法(下)外交特权和豁免	250
第四节 领事关系法	263
第十章 条约法	273
第一节 概述	273
第二节 条约的缔结	279
第三节 条约的生效和效力	285
第四节 条约的无效、终止和暂停施行	290
第十一章 国际组织法	293
第一节 概述	294
第二节 国际组织法律制度	299
第三节 联合国体系	304
第四节 区域性国际组织	321
第五节 非政府间国际组织	330
第十二章 和平解决国际争端	332
第一节 概述	332
第二节 解决国际争端的政治方法	336
第三节 解决国际争端的法律方法	339
第四节 国际组织与和平解决国际争端	348

第五节 中华人民共和国与和平解决国际争端	353
第十三章 武装冲突和国际人道主义法	356
第一节 武装冲突法	356
第二节 国际人道法	361
第三节 战争罪与反人道主义罪行	365
参考文献	374

第一章 国际法导论

[内容提要]

国际法导论是国际法的重要内容，本章的教学内容是国际法的基本理论和原则。这一章中不仅要学习国际法的定义、性质、特征等，还要探讨国际法存在的基础，研究国际法的渊源、国际法与国内法的关系等问题。对国际法的基本原则的理解和掌握也对以后深入研究国际法起到基石作用。可以说，学习好国际法导论是学习好国际法这个学科的开始，是学好国际法的基础。本章的重点学习内容是国际法的渊源和基本原则。难点是国际法的效力依据、国际法与国内法的关系。

第一节 国际法的概念

一、国际法的名称

国际法是欧洲文明的产物，原本是古代罗马国内法的一个组成部分，在拉丁文中，它被称为“*jus gentium*”，中译文为万民法。这个名称的产生当时是为了与适用于罗马公民的“市民法”相区别。^①1625年荷兰法学家休果·格老秀斯（Hugo Grotius, 1583~1645）在其经典著作《战争与和平法》（*De Jure Belli ac Pacis*, 1625）中使用“*jus gentium*”一词表示国家间的法律，也正是《战争与和平法》奠定了国际法成为一部有系统的规则的基础。后来，“*jus gentium*”一词转为英文的“*law of nations*”，汉译为“万国公法”。

1789年英国哲学家和法学家边沁（Jeremy Bentham, 1748~1832）在其《道德和立法原理绪论》一书中第一次使用“*international law*”的国际法名称。由于这个名称中包含了“*inter*”意思，似乎体现了近代意义的国际法的实质，从而被广泛采用了，成为近代国际法的通用名称。^②

在中国，最早将系统国际法著作翻译成中文的是美国教士丁韪良，传入中国的国际法的最初名称是“万国公法”。其后，随着系统翻译国际法著作的增多，“国际法”的名称在中国固定下来。有时，国际法被称为“国际公法”，其目的在于区别国际私法。

① 周鲠生：《国际法》上册，商务印书馆1981年版，第1页。

② 王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第14页。

前者调整国家之间和国家与其他国际法主体之间的关系，后者则用来调整具有涉外因素的国际民商事法律关系。但是随着国际私法领域的国际条约和国际习惯的增多，国际私法和国际公法之间的界限正在逐步模糊，两者之间的联系正日益加深。

二、国际法的定义和特征

（一）国际法的定义

国际法源远流长，与国际关系一样，有了国家便有了法。由于国际社会处于不断发展变化中，国际法的主体、调整范围和对对象也随之变化，因此，至今学者们仍然为如何给国际法下一个准确的定义而争论。

在传统国际法的定义中，认为只有国家是国际法的主体，比如，1927年国际常设法院在其对“荷花号案”的判决中称：“国际法是国家间的法律。约束各国的法律规则来自国家在条约或在获得普遍接受为明示法律规则表现出的自由意志，这些规则调整着它们之间的关系。”^①英国学者劳伦斯这样定义国际法：“国际法可以认为是决定全体文明国家在其相互关系上的行动规则。”英国学者劳特派特在其修订的《奥本海国际法（第7版）》中也认为：“万国法或国际法是一个名称，用以指文明国家认为在它们彼此交往上有法律约束力的习惯和协定规则的总体。”虽然这种定义得到很多学者赞同，然而这种提法已经不符合现代国际法发展的现状，首先，这里的“文明国家”是指接受欧洲文明的国家，这种观念过于狭隘；其次，按照这种定义，只有国家才是国际法的主体，也不符合第二次世界大战后国际社会的现实情况。

第二次世界大战后，国际关系发生了很大变化，随着联合国在国际生活中起到日益重要的作用，国际组织也成为了国际法的主体，同时，争取独立的民族的国际法主体资格得到了更多国家的承认。这样，国际法的定义也就随之发生了变化。比如前苏联学者克里缅科在其《国际法词典》中为国际法所作的定义为：“国际法是调整国际关系和反映各国受该时代社会发展规律的作用所决定的相对协调的意志的条约和惯例的规范与原则的体系。”在该词典为国际法主体下定义时也提出国际法的次要主体是国际组织，也就是说，认为国际关系的参加者不仅仅包括国家。中国著名国际法学家王铁崖为国际法下的定义为：“国际法主要是国家之间的法律，它主要是调整国家之间关系的有拘束力的原则、规则和规章、制度的总体。”

各个时期的学者们为国际法所作出的定义虽然难以统一，但都从不同角度揭示了国际法的法律性质和本质特征。总之，我们认为，国际法，或称国际公法，是指调整国际法主体之间，主要是国家之间关系的，具有法律拘束力的规则、原则和制度的总体。它是国际关系的一部分，是法律的一个特殊部门。

① 陈致中编著：《国际法案例》，法律出版社1998年版，第41页。

（二）国际法的特征

国际法的特征是指，国际法作为一个特殊的独立的法律体系区别于国内法律体系所表现出来的特点。与国内法相比，国际法的特征表现有以下几点：

（1）国际法的国际性。一方面，国际法产生、形成和发展是以国际社会为基础的。国际社会的交往需要规则调整，国际法的产生和为国际社会成员承认促进了国际社会的进一步交往。随着国际交往的进一步发展，国际法涉及的领域也越来越多，国际法的内容也越来越丰富。另一方面，国际法的主体主要是国家，还包括政府间国际组织，这也不可避免地使国际性成为国际法的最主要特征。

（2）国际法制定的特殊性。国际法是国际法主体之间制定的，其制定者主要是国家。国家与国家都是平等的，国际社会中没有凌驾于国家之上的立法机关，因而国际法主要通过国家间的协议而形成。这与国内法的制定有很大的不同。

（3）国际法调整对象的特殊性。国际法调整的对象是国际关系，这与它的国际性是分不开的。国际法是国家在相互关系上的行为规则，是以调整国家之间的关系为对象的法律。国家之间交往要受一些原则、规则和制度的约束，这些通过条约和国际习惯建立起来的原则和规则就是国际法。而国内法体系中的部门法的调整对象往往是国内社会某特定领域的社会关系。

（4）国际法实施的特殊性。国际法具有强制力，但国际上没有强制实施国际法的强制机关。国际法主要是靠国际主体本身自我约束，靠主体本身单独的或集体的力量来实施的，包括要求国家违反国际法要承担国际责任。这与国内法的强制实施由国家的权力机关来实现具有很大不同。

三、国际法的性质

研究国际法的性质，主要需要解决的问题是，国际法是不是法律？

由于国内法较之国际法形成在先，对于法律的定义也集中于国内法领域。在《中华法学大辞典——国际法卷》中将法定义为：“由国家制定或认可的，体现统治阶级意志的，以国家强制力实施的规则（规范）的总和。”显然，这样的定义是将法律与国内法相等，而不是用于国际法，因此在认定国际法的法律性时，总是会引发学者们的争议。19世纪，英国分析法学派的创始人，英国法学家奥斯汀（Austin），把国际法称为“实在道德”，对国际法采取否定态度。英国法学家哈特（H. L. A. Hart）在讨论法律的概念时也指出对于“国际法真的是法律吗？”的疑惑。认为国际法是法律的学者们也纷纷发表意见，比如劳特派特（Hersch Lauterpacht）指出：“国际法可以被解说为‘国际社会的法律’。”而奥本海认为：“国际法不同于听凭各国良知考虑的国际道德和礼让规则，应于必要时外力来强制执行。”

被大多数学者认同的观点是——“有社会，就有法律”，国际社会是存在的，国际法是国际社会的法，国际法是法律。国际法发展到今天，这样的观点已经毋庸置疑地被各

国所接受。国际法是国家在相互关系上的行为规则，是以调整国家之间的关系为对象的法律。

国际法是国际关系上国家的行为规范，但国家行为规范并不都是国际法。国际关系上也有所谓国际道德，国际礼让（comity）等类规则，这些规则不是法，它们对国家没有法律的拘束力。就国际礼让的规则来说，国家一般是为了相互交往上便利和友好精神的考虑，现今并且一般是在相互基础上奉行，但是如果偶尔有违反或漠视，也并不构成违法行为，不发生国家责任问题。而自19世纪以来，国际法一直是作为对国家有法律约束力的国际交往的行为规范而继续发展，各国统治阶级通过议会和政府，表示自愿承担国际法义务；各国舆论也无不认定国家应有遵守国际法的义务。国家不但在许许多多的条约中，特别是在《联合国宪章》中，承认国际法具有法律约束力，而且，有些国家特别依国家根本大法确认国际法的约束力。当然，有些国际法原则和规则有道德的内容，因而会比较容易地得到国家们的遵守，但是，多数的国际法原则和规则的制定归根结底是基于各国交往的关系的需要，而不是从国际道德的需求出发，因而，国际道德力量的存在，并不会构成对国际法的性质的影响。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之宣言》承认国际法的法律性质，其第七项原则包含有“每一个国家一秉诚意履行其依公认的国际法原则与规则所负的义务”。

四、国际法的形成和发展

（一）传统国际法的形成和发展

国际法是国家间的法律，因此，国际的产生是国际法产生的前提。国家产生之后，在国家之间有了来往关系，就有可能产生对一些国家具有拘束力的原则、规则和制度。在这个意义上，古代世界早就有了国际法。在公元前1296年，古代埃及国王和赫梯国皇帝就缔结了最早的国际条约。在古代，国家之间的交往受到地域限制，并且因为彼此征战，所以国际法的形成地域上集中在古代中国、埃及、希腊、罗马和印度等地，内容上最早形成的是一些关于使节、条约、战争的原则和制度，这些原则和制度只能说是国际法的雏形。由于它们含有浓厚的宗教色彩，在内容上并不系统，适用上也不具有普遍效力，因而被称为萌芽阶段的国际法。在中世纪，由于神圣罗马帝国一统欧洲的局面，国际法基本没有发展的条件。直至中世纪后期，由于商业的发展才产生了一些海洋制度。值得一提的是，15世纪常驻使节制度开始出现了，这对之后的外交关系法的形成具有重要意义。

到了近代，欧洲社会发生了巨大变革，现代意义上的国家开始出现，有利于现代国际法发展的条件才真正形成。16世纪学者们开始提出国家主权的理论。比如法国的博丹（Bodin）首先在其《论共和国》中提出国家主权的概念。17世纪英国的霍布斯（Hobbes）等人的著作中都有关于现代主权国家与独立主权概念的表述。特别是1625年荷兰法学家H. 格老秀斯发表的著名的《战争与和平法》是一部有完整体系的国际法著作，这部巨著

以战争为重点,涉及神学、历史等方面,系统地论述了国际法的基本问题,几乎概括了国际法的全部范围,为近代国际法作为一个独立的法律体系以及后来国际法学的发展奠定了基础,也为作为近代国际法标志的《威斯特伐利亚和约》的完成产生了一定影响。

近代国际法产生的标志是威斯特伐利亚公会的召开(1643~1648年)和《威斯特伐利亚和约》的签订。这次会议的召开不仅结束了欧洲的三十年战争(1618~1648年),还承认了罗马帝国统治下的为数众多的邦为主权独立国家,确认了国家主权和主权平等原则。众多独立主权国家的出现和国际法最根本原则的确立使近代国际法开始发展。在这一时期,国际法规则的适用领域从欧洲扩大到美国乃至整个美洲,扩大到亚洲以及非洲的其他一些国家。国家之间交往的范围也扩大了,交往的方式日渐多样化,开始签订了一系列的国际公约,建立了不少的国际行政联合。同时,战争的连续不断发生及其对人类社会伤害引起了人们的注意,进而制定了战争法方面的新规则,从1856年《巴黎海战宣言》,经过1899年和1907年两次海牙和平会议,到1909年伦敦《海战法规宣言》,战争法规的人道主义化有所发展,和平解决国际争端的原则和制度也有所改进。

(二) 现代国际法的发展

第一次世界大战和十月社会主义革命的胜利是现代国际关系开始的标志,也是近代国际法开始转变为现代国际法的标志。在第一次世界大战中,国际法遭到严重的破坏,1917年的俄国十月社会主义革命,既为国际关系,也为国际法开辟了一个新的发展阶段。十月革命后的苏维埃政府提出“不兼并和不赔款”的原则,宣布侵略战争为反人类罪行,宣布废除秘密外交和不平等条约等,这些原则逐步为各国所承认,成为调整现代国际关系的新原则。第一次世界大战之后,签订了《国际联盟盟约》,建立了第一个世界性的国际组织——国际联盟;通过了《国际常设法院规约》,设立了历史上第一个国际司法机构。1928年签订《巴黎非战公约》(全称《废弃战争作为国家政策工具的一般条约》)反对以战争方法解决国际争端。这些新的原则的不断建立,表明新的现代国际法正在形成中。

第二次世界大战中,德、日法西斯国家发动的侵略战争,使国际法又一次遭到大规模的破坏,然而,国际法在维护世界和平中的作用也已经引起人们的注意。二战后签订了《联合国宪章》,依据宪章,成立了联合国组织,并且新的民族独立国家纷纷成立,使国际法的领域扩大了,包括了全世界所有国家。随着国际关系的变化和在国际关系中不断地产生新问题,国际法的原则、规则和制度得到了新的发展,现代国际法较之传统国际法相比,产生了以下新特点:

(1) 国际法主体的增加。在第二次世界大战之后,国际关系的一个主要特征是新独立国家的兴起和国际组织参与国际社会活动的增多。战后独立的国家有90多个——国际法的主要主体——国家的数目增加了。由于国际关系越来越复杂,国际组织也越来越多。除了联合国以外,有18个与联合国有联系的专门机构,还有许许多多全球性或区域性的政府间国际组织;有常设性国际组织,也有临时性国际组织。政府间国际组织在一定范

围内成为了国际法主体。摆脱了殖民统治而取得独立的国家成为国际法的新主体；而正在争取民族解放和独立的民族，只要具备了自己的政治组织，控制着一定的领土，也应该拥有作为国际法主体的国际地位。这样一来，现代国际法的主体类型也增加了。

(2) 调整的对象和范围的扩大。由于现代国际法主体类型的增加，它所调整的对象也增加了——国家法不再只调整国家与国家之间的关系，还要调整国家与其他国家法主体之间的关系。由于当今国家间的互相交往频繁，国际社会呈现互相依存的态势，国与国之间的合作和交流也涉及经济、文化、科学技术等领域，而不仅仅局限在外交、政治领域。这种范围的扩大也势必会产生国际法内容的新变化。

(3) 国际法内容的新变化。国际关系的新变化改变了传统国际法的许多原则和规则，给现代国际法带来了新内容，比如废除了以战争作为推行国家政策的手段和解决国际纠纷的方法，建立了和平共处五项原则等国际法新原则。除此之外，科学技术的发展在最近几十年中对国际法的影响也是特别显著的，由此很多国际法领域的内容由匮乏到丰富，比如海洋法、国际环境法；有很多国际法的分支部门从无到有地建立起来了，比如外层空间法。

(4) 国际法的系统化、法典化增强。第一次世界大战后，国际联盟就开始进行了国际法的编纂工作，遗憾的是成果寥寥。联合国成立后，《联合国宪章》第13条第1项第1款规定：大会应发动研究并作出建议以“提倡国际法之逐渐发展与编纂”。1947年11月21日联合国大会通过《国际法委员会章程》，设立国际法委员会，全面展开国际法的编纂工作。国际法系统化、法典化是国际法发展的必然趋势。

第二节 国际法的效力根据与学说

国际法的效力根据(basis of international law)是国际法的一个基本理论问题，也是国际法的一个专门术语，指的是国际法具有法律拘束力的依据。有学者认为这个问题是19世纪末以来国际法大争论中的一个中心问题。^①17、18世纪国际法学家对于这个基本理论问题，主要分为两大派别：自然法学派和实在法学派，这两种学派的学术分野在早期的国际法学者之间特别明显；另外，在这两个学派之间有所谓的“折衷学派”，然而这个学派还是有所偏重，也并没有在学说上将两大法学派真正调和。两次世界大战后，现代国际法学者也提出一些新的看法，形成新的学派。

一、自然法学派

自然法学派(Naturalists)产生很早，在17~18世纪盛行于欧洲。在早期国际法中，自然法学派曾经占优势。按照自然法学派的理论，国际法是自然法的一部分，自然法成了国际法唯一效力根据。自然法学派主张，国际法就是自然法，或者是自然法对国家之间

① 周鲠生：《国际公法之新趋势》，商务印书馆1933年版，第5页。

关系的适用,法是从自然现象中抽象出来的一些概念,如人类良知、人类理性、人类的共同法律意识等。并认为,国际法规则中根本没有实在法,无论条约或习惯。自然法学派的代表人物是德国的普芬道夫(Pufendorf),其代表作为《自然法与万民法》。

二、实在法学派

实在法学派(Positivists)于17、18世纪就已存在,当时与自然法学派相比不占优势。到了19世纪,在西方法学界占据了明显的优势地位,而且这种优势一直持续到20世纪。实在法学派认为在现实国际社会中起作用的是国家的意志,从而国家的意志是国际法效力的依据,而不是抽象的“人类理性”。实在法学派承认国际法及其效力的存在,坚持习惯和条约是国际法的重要渊源,按照实在法学派的主张,各国的意志可以合成为“共同意志”,现实国家的共同意志通过它们之间签订的条约和国家颁发的文件中表现出来。也就是说,国际法的效力依据是体现为习惯或条约的国家的共同同意。第一次世界大战之前,西方有名的国际法学家的学说,大都属于实在法学派。边沁、宾刻舒克(Bynkershoek),稍后著名的英国国际法学者奥本海都属实在法学派的代表。

三、格老秀斯派

格老秀斯派(Grotians)一向被认为是欧洲近代国际法的奠基人。依他的学说,国际法的效力根据为自然法和国家的一般同意。他认为国际法的效力根据有两种:它的首要根据是理性,而其次要的根据是一般的同意。^①17、18世纪的学者大多数接受格老秀斯的观点,如德国学者沃尔夫(Wolff)和瑞士国际法学家法泰尔(Vattel)等都是其支持者,这个学派认为,自然法是国际法的基础,是拘束国家的最高法律;同时还认为国家的共同意志也是国际法次要的效力依据。这一学派被称为格老秀斯派。由于这种学派的观点介于自然法学派和实在法学派之间,所以又被称为“折衷法学派”。

四、现代国际法效力依据的学说

第一次世界大战后,由于国际关系的变化,以自然法学派学说和实在法学派学说为基础,又衍生出了新的学说。相应地,这些学说被称为新自然法学派、新实在法学派。

新自然法学派的代表学说为社会连带法学说(Solidarists)和规范法学说(Normativists)。

社会连带法学派的代表人物主要是法国的国际公法学家狄骥(Duguit, 1859~1928),他称一切法律的根据在于社会连带关系所产生的“各民族的法律良知”。他认为,人们生活在社会中就会产生连带关系,国际社会的连带性是国际法的基础,从维持国际社会连带性的必要性中,产生了国际法的根据和内容。

① 周鲠生:《国际法》,商务印书馆1981年版,第22~26页。

规范法学派又称纯粹法学派,是第一次世界大战后兴起的一个学派,这一学派的代表人物是美国的凯尔森(Kelsen)和奥地利的菲德罗斯(Alfred Verdross)。规范法学派认为,国际法和国内法属于同一个法律体系,其中的法律规范有不同等级,每一级规范的效力根据在于上一级规范,顶级是国际法规范,国内法的效力根据是国际法。国际法的效力根据源于国际法中的“最高规范”或称“原始规范”,而这个最高规范既是法律规范,又是伦理规范,也就是人类的“正义感”或“法律良知”。

新实在法学派中有两个最为流行的学说:一是权力政治说(theory of power politics),另一个是政策定向说(policy-orient theory)。

权力政治说认为,国际政治支配着国际法,而国家权力是国际政治的核心,所以国际法的效力根据应该是国家的“势力均衡”。政策定向说认为,国际法是一个决策过程,国际法的效力取决于国家对外政策。

可以看出,各个时期的学者们从不同视角去研究国际法的效力根据这一重要问题,试图找到国际法效力的最坚实根据,以促进国际法的研究和发展。那么,国际法的效力根据究竟为何呢?我们认为,国际法主要是国家之间的法律,国家受国际法的约束,同时又是国际法的制定者。因此,国际法的效力根据应在于国家本身,即在于国家的意志。这里的国家意志并不是指个别国家的意志,也不能说各国之间有“共同意志”,而所指的是各国的意志之间的协议。事实证明,为了互相之间的正常交往,即使是不同社会经济制度的国家之间,也是可以达成协议而受拘束的。因此,各国之间的协议,或者说各国的意志之间的协调一致,构成了国际法效力的根据。^①

第三节 国际法的渊源和编纂

【案例】1948年10月3日,秘鲁发生了一起未遂的军事叛乱。次日,秘鲁当局发布命令,指控美洲人民革命同盟组织指挥了这场叛乱,同时宣布将对该同盟领导人维克托·苏尔·哈雅·德·拉·托雷等进行审讯,自该日起至次年2月初,秘鲁一直处于戒严状态。1949年1月3日,托雷前往哥伦比亚驻秘鲁使馆寻求庇护。次日,哥伦比亚大使馆通知秘鲁政府其已对托雷给予庇护,同时请求秘鲁政府颁发他离开秘鲁所必需的通行许可证。秘鲁对此提出异议,并拒绝向托雷颁发通行许可证。两国随后就此事进行了外交接触,并于1949年8月31日签署《利马协定》,同意将争端提交国际法院解决。10月15日,哥伦比亚政府向国际法院书记处提交了诉讼请求书。

1950年11月20日,国际法院对本案作出了判决。法院指出,就本案而言,哥伦比亚认为它有权单方面判定避难者罪行的性质,且这种判定对秘鲁具有约束力应得到承认,其理由是基于拉丁美洲国家的某些协定和拉丁美洲国家的习惯。法院判称:以国际习惯为依据的一方,必须证明这个习惯已经确立,因而对他方是有拘束力的;哥伦比亚政府必

① 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第9页。

须证明它所援引的规则是符合有关各国所实行的恒久划一的习惯的,而且这个习惯是表明给予庇护的国家享有的权利和当地国家负有的义务。《国际法院规约》第38条将国际习惯定义为“作为通例之证明而经接受为法律者”。法院拒绝承认哥伦比亚所主张的通例存在。哥伦比亚政府增引了许多外交庇护权在事实上已被赋予和受到尊重的具体案例。然而,在国际法院看来,它们或者与本案无关,或者并未对前述单方确定权作出规定,或者虽然作了肯定的规定,但只获得少数国家的批准,而且,这些在不同场合发表的官方的肯定意见在很大程度上受到了政治权宜考虑的影响。总之,法院认为,哥伦比亚不能证实单方面确定犯罪行为性质的权利是一项国际习惯法的规则,因此不可能“看出已被承认为法律的任何稳定和前后一致的惯例”。

一、国际法渊源的含义

国际法的渊源是指国际法规范形成的方式或程序,或者这些规范的表现形式。研究国际法渊源的目的在于,通过对国际法渊源的确认,判断一项规则是否属于国际法规范,从而正确运用国际法规范。《联合国宪章》序言中称:“俾克维持正义,尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务,久而弗懈。”

1920年12月6日《常设国际法院规约》第38条规定,法院适用的国际法渊源有国际条约、国际习惯和一般法律原则。联合国《国际法院规约》第38条的规定与《常设国际法院规约》第38条的规定的內容完全相同。《国际法院规约》第38条通常被认为是国际法渊源的权威说明,规约规定:“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)不论普通或特别国际协议,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条规定之下,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。”这条规定不仅表明国际法院在裁判案件时应该适用什么法律,还有助于说明什么是国际法的渊源。具体来说,国际条约、国际习惯和一般法律原则是国际法的渊源,而国际公法学家学说和司法判例等则是国际法的辅助性资料。

二、国际条约

《国际法院规约》第38条第1项把国际条约列为国际法的第一个渊源,特别表明了国际法院在裁判案件时适用国际条约的重要性。在这个意义上,条约是国际法最主要的渊源。综合1969年《维也纳条约法公约》和1986年《国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》第2条的内容,条约的定义应为:条约是指不论其名称如何,不论是否由一项文书或多项相关文书构成,必须对国际法主体产生法律拘束力,缔结受国际法调整的国际书面协议。^①

^① 周忠海:《国际法》,中国政法大学出版社2005年版,第88页。

根据《国际法院规约》第38条的定义,国际条约可以分为一般性条约和特殊条约:一般性条约指多数国家参加的条约,由于多数国家参加的条约带有普遍性,这种条约就直接构成国际法的渊源。特殊条约则指两个或少数国家缔结的条约,这种条约只对缔约国有拘束力,它们只能表现为缔约国之间的所谓“特殊国际法”,而不直接构成国际法的渊源。但是,如果有许多这类条约作出相同或类似的规定,它们就有可能成为国际法原则、规则和制度。在这个意义上,它们也就构成了国际法的渊源。根据《国际法院规约》第38条的规定,特别条约的性质是国际法渊源也是受到肯定的。

按照条约的性质,可以将条约分为“造法性条约”(law-making treaties)和“契约性条约”(contract treaties)。造法性条约指专门创设新的国际法原则、规则和制度或修改原有的国际法原则、规则和制度的条约,比如《维也纳外交关系法条约》、《海洋法公约》等。契约性条约指的是专门规定缔约国之间的具体权利、义务关系的条约,如两国之间的通商友好条约和互助合作条约。对这些条约的分类从某种意义上说是为了对各种条约做更好的分析研究,并不影响这些条约成为国际法的渊源。

三、国际习惯

国际习惯(international custom),又称习惯,根据《国际法院规约》第38条的规定,国际习惯指的是作为通例之证明而经接受为法律者。是国际法的另一个主要渊源。从产生时间看国际习惯出现于国际条约之前,^①是更古老、更原始的渊源。而且,归根结底,包括国际条约在内的其他国际法渊源,往往还是要通过国际习惯这个渊源而起作用。

国际法院在“北海大陆架案”(1969)的判决中指出的意见被认为是对国际习惯应具备要素的权威说明:“为了使国家实践构成必要的法律确信,必须满足两个条件:有关行为不仅必须等于一个已确定的实践,而且在其实质中还必须反映出这样一种信念,即由于存在相关的法律规则,因此有义务这样实践。这种信念的需要,即一个中心主观因素的存在,是隐含于法律确信或必要的概念本身之中的。因此,有关国家必须感觉到,它们所履行的一项法律义务。行为的经常性或属于惯行性质本身是不够的。有许多国际行为,例如在礼节和礼仪的领域内,几乎是一成不变进行的,但是,它们的动机只是考虑到礼让、方便或传统,而不是出于任何法律义务的考虑。”^②也就是说,国际习惯包括两个主要因素:①物质因素,即一般实践。是各国的反复实践,包括国家的行为和不行为,指某一方面国家实践实际上一致并且参加实践的国家广泛而有代表性,包含了最有利害关系的国家。②法律确信,又叫心理因素,即各国的法律确信。而各国的法律确信是国际习惯的主观因素,国家可以通过明白表示或默认而表现其法律确信,即认为该习惯规则具有法律拘束力。^③具备这两个要素才能形成国际习惯,形成国际习惯法规则。

① 在罗马法中将法律分为成文法(jus scriptum)和不成文法(jus non scriptum),其中不成文法是由惯例所核准的规则组成的。早期很多国际法学者将习惯法描述为:长期的、不间断的惯例的不成文法。

② 梁淑英:《国际法案例教程》,知识产权出版社2005年版,第127页。

③ 王铁崖主编:《中华法学大辞典·国际法卷》,中国检察出版社1996年版,第229页。