

21 世纪精品教材系列

国际法

GUO JI FA

主编◎廖琳玲 宋汉生

 吉林大学出版社

21 世纪精品教材系列

国际法

主 编 廖琳玲 宋汉生

副主编 孔令梅 张 坡

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法 / 廖琳玲, 宋汉生主编. — 长春: 吉林大学出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-5677-3086-1

I. ①国… II. ①廖… ②宋… III. ①国际法 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 018765 号

书 名: 国际法
作 者: 廖琳玲 宋汉生 主编

责任编辑、责任校对: 安斌
吉林大学出版社出版、发行
开本: 787×1092 毫米 1/16
印张: 19.5 字数: 450 千字
ISBN 978-7-5677-3086-1

封面设计: 可可工作室
北京楠海印刷厂 印刷
2015 年 2 月 第 1 版
2015 年 2 月 第 1 次印刷
定价: 39.50 元

版权所有 翻印必究
社址: 长春市明德路 501 号 邮编: 130021
发行部电话: 0431-89580028/29
网址: <http://www.jlup.com.cn>
E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

前 言

国际法学是教育部所列高等学校本科法学专业的十四门核心课程之一。基于专业基础课的地位,本课程面向法学本科生,其目标主要是让学生掌握国际法的基本概念和基础知识与原理,初步了解有关国际法理论,构建一个基本的系统国际法框架,增强学习兴趣与主动性,重点培养学生发现问题以及将所学国际法知识用于分析和解决国际社会中现实问题的能力,以加深他们对国际法适用性的认识和激励创新能力。

国际法与国内法是两个不同的法律体系。作为以国家之间的关系为主要调整对象的法律,国际法对于规范国家行为和调整国际关系具有十分重要的作用。20世纪以来,特别是第二次世界大战以后,国际法取得了前所未有的进步和发展。加强对国际法的学习与研究,对于维护国际关系的基本准则,推动国际法的不断进步与完善,以及建立和平、安全、公正、和谐的国际关系,无疑具有十分重要的意义。本书在编写过程中力求完整、准确地阐述基本概念、基本原理和基础知识,尽量吸收国内外优秀学术成果,尤其注意反映国际法的最新发展动态。本书还注重理论联系实际的原则,适当将国际法中一些经典案例和最新资料引入教材,从而对传统国际法教学内容的改革作出了有益的尝试。

本书针对当代国际法的发展和国际法教学的特点,力求做到内容体系完整,结构合理,概念准确,资料新颖,阐述简明。全书包括16章内容,分别是:导论;国家;国家领土;国际法上的个人;海洋法;国际空间法;国际环境法;国际人权法;国际组织法;外交和领事关系法;条约法;和平解决国际争端;武装冲突法。同时,本书还注重理论联系实际的原则,适当引入案例教学模式,从而达到启发学生思考和增加对教材内容理解的目的。

本书主要由南阳理工学院文法学院教师编写,由廖琳玲、宋汉生担任主编,孔令梅、张坡担任副主编。具体编写分工如下:廖琳玲(南阳理工学院)编写第一、二、三、四、十三章内容以及搜集整理附编国际法经典案例,宋汉生(南阳问鼎律师事务所)编写第五、十、十二章内容,孔令梅(南阳理工学院)编写第六、七、十一章内容,张坡(南阳理工学院)编写第八、九章内容。

本书不足之处,请批评指教。

编者

2014年12月



目 录

第一章 导论	(1)
第一节 概述	(1)
第二节 国际法的发展	(4)
第三节 国际法的主体	(7)
第四节 国际法的渊源	(10)
第五节 国际法的编纂	(13)
第六节 国际法和国内法的关系	(14)
第七节 国际法的基本原则	(18)
第二章 国家	(23)
第一节 概述	(23)
第二节 国家、政府及其他实体的承认	(30)
第三节 国家继承及政府继承	(37)
第四节 国家责任	(44)
第三章 国家领土	(52)
第一节 国家领土与领土主权	(52)
第二节 国家领土的组成部分	(55)
第三节 国家领土的取得与变更	(59)
第四节 国家的边界与边境	(63)
第五节 南极和北极地区	(68)
第四章 国际法上的个人	(72)
第一节 国籍	(72)
第二节 外国人的法律地位	(78)
第三节 外交保护	(83)
第四节 引渡和庇护	(86)
第五节 难民	(91)
第五章 海洋法	(94)
第一节 概述	(94)
第二节 内水、领海、毗连区	(96)
第三节 用于国际航行的海峡、群岛水域	(101)
第四节 专属经济区、大陆架	(103)
第五节 公海	(107)
第六节 国际海底区域	(111)
第六章 国际空间法	(114)
第一节 国际空间法概述	(114)
第二节 空气空间法	(116)



第三节 外层空间法	(125)
第七章 国际环境法	(132)
第一节 概述	(132)
第二节 国际环境保护制度的主要内容	(140)
第三节 中国与国际环境法律实践	(155)
第八章 国际人权法	(162)
第一节 概述	(162)
第二节 普遍性国际人权保护机制	(166)
第三节 区域性国际人权保护机制	(171)
第四节 国际人权保护的主要内容	(173)
第五节 中国在人权保护问题上的基本立场与实践	(179)
第九章 国际组织法	(181)
第一节 国际组织概述	(181)
第二节 联合国	(185)
第三节 联合国专门机构	(191)
第四节 区域性国际组织	(192)
第十章 外交和领事关系法	(196)
第一节 外交关系法概述	(196)
第二节 外交机关和外交人员	(197)
第三节 外交特权与豁免	(204)
第四节 领事关系法	(211)
第十一章 条约法	(220)
第一节 概述	(220)
第二节 条约的缔结与生效	(223)
第三节 条约的遵守、适用及解释	(228)
第四节 条约的修订、终止、停止执行与无效	(232)
第十二章 和平解决国际争端	(236)
第一节 概述	(236)
第二节 国际争端的政治解决方法	(238)
第三节 国际争端的法律解决方法	(242)
第四节 联合国与和平解决国际争端	(249)
第五节 区域机关或区域办法与和平解决国际争端	(251)
第六节 其他国际组织或国际公约与和平解决国际争端	(253)
第七节 中华人民共和国与和平解决国际争端	(255)
第十三章 武装冲突法	(259)
第一节 概述	(259)
第二节 对作战手段和方法的限制	(262)
第三节 对战争受难者的保护	(268)
第四节 中立	(272)
第五节 惩治战争罪	(275)
附：国际法经典案例	(280)



第一章 导 论

第一节 概 述

一、国际法的名称和定义

(一) 国际法的名称

“国际法”一词在西方文献中最初是以拉丁文 *jus gentium* 的名称出现。*jus gentium* 汉译为万民法,原本是古代罗马国内法的一个组成部分,与市民法(*jus civile*)相对称。在古罗马,市民法适用于罗马公民,万民法适用于外国人以及外国人与罗马公民的关系。

1625年,被誉为“国际法之父”的荷兰法学家格劳秀斯(Hugo Grotius)在其名著《战争与和平法》中,使用“*jus gentium*”一词来称呼调整国家间关系的原则和规则,使这一术语的含义扩大而具有万国法的性质。*Jus gentium* 也译为英文的 *law of nations*。

1780年,英国法学家、哲学家边沁(Jeremy Bentham)在其《道德和立法原理导论》一书中建议改用 *international law* (国际法),以更加准确地表达区别于国内法的国家间法律的含义。边沁的建议在国际社会逐渐获得广泛认同和普遍接受。

由于有的国家有区分公法和私法的传统,有的学者为了区别于国际私法,又将国际法称为国际公法(*public international law*)。随着调整国际私法领域的国际条约和国际习惯的增多,国际公法和国际私法的联系和渗透日益加深。

在中国,19世纪中叶开始从西方接受国际法,通用的名称是万国公法或公法。其中,最早使用这一名称的是美国传教士丁礼良。他于1864年将美国人惠顿所著的《国际法原理》一书译为中文,定名为“万国公法”和“万国律例”。这一译法传入日本,亦得到广泛采用。1873年,日本人冀作麟祥将“万国公法”改译为“国际法”,在日本通行。清末法律改革,大量日本政法名词输入中国,日本通用的“国际法”这一名词又被中国法学界广泛采用。

(二) 国际法的定义

国际法(*international law*),或称国际公法(*public international law*),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。这个国际法概念与当前世界其他国家一些国际法学者给国际法所下的定义基本一致。例如,在1991年联合国教科文组织主持下由别乔伊(Bedjaoui)主编的一部国际法教科书认为,国际法是“旨在调整(regulate)国家相互间关系的,成文的或不成文的规范的总体……它主要规范国家的行为”。《奥本海国际法》也认为,“国际法是对国家在它们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体”,“这些规则主要是支配国家的关系”。

国际社会主要是由国家组成的。作为全球性的最大的政治性国际组织——联合国,自2011年南苏丹共和国成为会员国后,就有193个会员国。这还不是国际社会成员的全部。国家不是国际法的唯一主体。政府间国际组织也是国际法的主体。但是国家仍然是国际法



的主要主体。

国际法主要调整国家之间的关系。国际关系的内容是多种多样的,包括政治、经济、军事、文化等方面的内容。国际关系的多样性也就决定了国际法的多部门,例如外交关系法、海洋法、航空法、武装冲突法等等。

国家之间的交往,需要而且事实上确实有法律原则和规则加以规范。从外交关系法来看,1961年《维也纳外交关系公约》第2条就规定:“国与国之间外交关系及常设使馆之建立,以协议为之。”国家之间的外交关系和常设使馆建立之后,还需要一系列的规则来规范有关国家在外交关系方面的具体行为。例如,为了保证使馆的正常工作,《维也纳外交关系公约》规定,使馆馆舍不得侵犯,接受国的官员非经使馆馆长许可,不得进入使馆馆舍(公约第22条)。

再如,海洋有多种用途,如航行,开发自然资源包括开采石油、铺设海底电缆和管道,等等。那么在不同的海区,如领海、专属经济区,哪一国或哪些国家享有主权、主权权利,或有铺设海底电缆和管道的自由,各国又如何行使其权利、履行其义务呢?这就需要用国际法的规则来调整国家之间在这方面的关系。如果没有一套规则、制度,就不可能合理地、有序地利用海洋,甚至会引发国际争端、冲突。国际海洋法就是由于有这种需要而在实践中产生和逐步发展起来的。

国际法除了具体的规则和制度外,还有原则,特别是基本原则,如主权平等、不干涉内政和和平解决国际争端。这些基本原则适用于国际关系的各个方面,贯穿于国际法的各个部门。

二、国际法的特征

国际法与一般的法相比,有共同性,但也有其特殊性,表现在它与国内法相比较有如下一系列特征。

1. 国际法的主体主要是国家。此外,还有政府间国际组织,特别是世界性的国际组织(如联合国)。

2. 国际法的制定主要是通过国家之间的协议来实现的,国际社会没有专门的立法机关。例如第三次联合国海洋法会议制定了《联合国海洋法公约》,又例如通过专门的外交会议制定了《维也纳外交关系公约》。

3. 国际法调整的对象是国际关系,主要是主权国家之间的关系。国际法所调整的国际关系的内容并不是一成不变的。在相当长的一个历史时期,国家是国际法的唯一主体,因此,国际法所调整的国际关系就是指国家间的关系。20世纪以来,特别是联合国成立以后,国际组织在国际社会中所发挥的作用愈来愈大,国家和国际组织的关系成为国际关系的一个重要内容。在当今的国际社会,尽管国际关系的内容不断发生变化,但国家间的关系仍然是国际关系的基本内容。

4. 在强制实施方面,国际法也与国内法不同。在国内,国家有强大的执法手段,如法院、警察、军队、监狱等,能保证国内法的实施。而国际法则没有这样居于国家之上的强制机关。联合国国际法院也没有强制管辖权。国际法的外在强制主要靠国家自己按照国际法,采取个别或集体的行动,包括要求违背国际义务、违反国际法的国家承担国家责任,实行报复,进行自卫。当然,国际法的实施也并不单纯依靠外在的强制。就一般和总体而言,国家按照国



际法行事,对自身也是有利的。

三、国际法的法律性质

关于国际法的性质,主要涉及法律性和国际性这两个问题。

(一)国际法的法律性

作为适用于国际社会的法,国际法是具有约束力的法律规则而不是国际道德规范的论断,在今天应该是个毋庸置疑的问题。但历史上,曾有一些法学家对国际法的法律性持怀疑和否定态度。例如,19世纪英国法学家奥斯丁(Austin)就认为,法律是主权者的命令,而国际法只是“实在的国际道德”。

当时人们否定国际法的法律性的原因是多方面的。如果对国际法规则进行历史分析,将会发现,国内法形成在前,而国际法形成在后,国际法在形成之初的阶段,主要是国际习惯法,一些原则和规则的规定并不明确。虽然在18世纪,已有国家通过宪法明确国际法的法律性质,但当时人们往往习惯用国内法的观点去判断和评价法律。由于国际法是不同于国内法的一个特殊的法律体系,如果以国内法的特点看待国际法,往往就会得出国际法不是法的结论。

20世纪以来,特别是联合国成立以后,情况发生了很大变化。一方面,国际社会出现的大量问题使国家认识到仅靠单一的国家自身的力量难以解决,这些国家往往通过订立条约的方式确立相互间合作的规则。另一方面,《联合国宪章》所确立的国际法治的精神以及联合国对国际法的编纂,使国际法的法律性更加清楚、明确。许多国家在建立和完善法治国家的过程中,也通过宪法和其他国内法明确国际法的法律地位以及遵守国际法的决心。

国际法之所以得到国家的普遍遵守,是因为主要由国家组成的国际社会需要国际法,而国际法的规则反映了各国间的“共同利益”,国际法又主要是通过国家之间以条约和习惯的方式形成“国际公认”而确立的。

关于国际法的法律性的另一个问题是国际法中有强行法(peremptory norms)吗?在1969年《维也纳条约法公约》之前,关于这个问题存在激烈争论。1969年《维也纳条约法公约》明确提出了强行法规则的概念,而此后的国际法律实践不断肯定了国际法中存在强行法规则。国际法不仅是法,而且其规则还可以分为强行法和任意法的观点逐渐得到了认同。

(二)国际法的国际性

国际法是国家间相互关系的行为规范,不是个人间或个人和国家间关系的规范;它是各国公认的规范,而不是一国的立法部制定的规则,这是国际法和国内法最显著的区别。而所谓国际私法则根本不属于国际法范畴。因为一般所谓国际私法的规则根本不涉及处理国家相互关系的问题,而只是指导法庭遇到涉及两个或两个以上国家的法律适用的问题,应该适用哪一国的法律。由此可见,所谓国际私法实质上是国内法的一个特殊部分,不涉及国际关系,不能称为国际法。

随着国际社会的发展,国际法的国际性的内涵也不断丰富。国际法的国际性可以从如下方面理解:

第一,社会基础的国际性。国际法的社会基础是国际社会,而国内法的社会基础是国内社会。

第二,调整对象国际性。国际法的调整对象是国际关系,国际法是以国际关系为对象

的法律,国际法律关系是以法律形式表现出来的国际关系。

第三,形成方式的国际性。国际法是在国家之间交往中以习惯或条约等各国共同同意的方式形成的法律,是国际社会公认的产物,不是一国单方的行为。长期以来,人们在探讨国际法的国际性时主要关注国际法所调整的国际关系,关注国际法是国家之间的法。的确,自国际法形成以来,国际法一直以国家为中心,即使在今天,国际法也主要是关于国家之间的法律。但是,20世纪以来,国际法逐渐发生了一些变化。早在1923年,常设国际法院在“关于突尼斯和摩洛哥国籍法令案”发表咨询意见时就曾指出,某一事项是否纯属于一个国家的国内管辖事项,主要是一个相对的问题,它取决于国际关系的发展。随着经济全球化的发展,国际社会面临的必须通过国际合作解决的国际问题愈来愈多,“国际管辖的事项”不断增加。国际法的体系中除继续发展以国家为中心的规则外,还出现了其他规则。

国际法的国际性还应考虑下述内容:

第一,国际正义。正义既是法律追求的目标,也是法律的内涵要素。国际法也应以追求国际正义为目标,并以维护国际正义为己任。1945年《联合国宪章》明确指出,“维持正义”是其所设立和要实现的目标,宪章所规定的集中力量维持国际和平及安全等原则和措施是实现国际正义的重要手段。联合国这个国际组织的建立进一步推动了国际法追求和维护国际正义。1998年《国际刑事法院规约》也明确宣布:决心保证永远尊重和执行国际正义。

第二,国际社会的共同利益。国际法不应只关注和考虑个别国家的特殊利益,而应反映国际社会的共同利益。1945年《联合国宪章》在强调不使用武力时,明确提出了“公共利益”的概念。1967年《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》在确立有关为和平目的发展探索和利用外层空间的国际法原则时,明确提出了“全人类共同利益”的概念。

第三,国际法治。国际法治成为国际法追求的目标主要是在20世纪,特别是联合国成立以后的事情。《联合国宪章》的宗旨和原则确立了实现国际法治的原则和措施。国际正义、国际法治与《联合国宪章》的宗旨有密不可分的关系。1949年《国家权利义务宣言草案》对这三者的关系有一个经典的诠释:按联合国宪章之本旨在于维持国际和平与安全,而法治与正义实为达成此项宗旨之要素。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》进一步明确指出,联合国宪章所谈的国际和平是基于“自由、平等、正义及尊重基本人权之国际和平”。实践证明,联合国依照宪章维护和发展国际法的活动推进了“国际法治”的进程。

因此,国际法的法律性和国际性的丰富内涵反映了国际社会的性质和发展。国际法与国内法最根本的区别在于国际法不是一个国家所创立的,不是一个国家的利益和意志,而是国际社会所共同创立的,是反映国际社会的共同利益和意志的法律。

第二节 国际法的发展

国际法的历史可以分为三个时期:(1)古代和中世纪国际法,大致以十五六世纪为下限。(2)近代国际法,从1500年前后到20世纪初。(3)现代国际法,从20世纪初起,经过第二次世界大战直到目前这个时期的国际法。



一、古代国际法

古代和中世纪都属于资本主义以前时期。在这个历史时期,由于生产始终没有超出自然经济的范围,各民族、各国、各地区间处于相对闭塞的状态,这就是说,国家之间不可能有联系密切的、世界性的交往,也就不可能产生近代意义上的、超出地区界限的国际法。但自进入农耕和畜牧社会以后,各国间和平的或暴力的交往还是有的,而且逐渐增多。

历史事实表明,在古代,凡有列国并存(或有诸多类似政治实体并存)并形成一定国际关系的一些地区,特别是古代文明中心,例如地中海一带、亚洲东部和中部,小国林立,往往有萌芽状态的国际法和国际法实践的出现。这是因为,只要有较经常性的国际交往,就会有对这种交往的规则和制度的需求,就会逐步形成这种规则、制度。例如,在中国春秋时期,就有类似情况。据《左传》记载,前后共有一百四十几个封国。由于诸侯兼并,到东周末年,只剩下晋、楚、齐、秦、越等十几个诸侯国。当时是有“国际”法规则的萌芽和“国际”法实践的。如使节法,春秋时代,各诸侯国之间外交活动相当频繁,在这种活动中形成了一定做法和规则。外交使节有不可侵犯权。外交使节代表君主,不得侮辱,不得伤害。根据《周礼》,凡危害使节者,加以处罚,对非礼的国家可兴问罪之师。后来秦汉中国统一,没有了列国并存的格局,也就没有国际法产生和发展的土壤。古代印度、古代希腊、古代罗马,也是如此。当时的国际法和国际法实践,以使节法、条约法、战争法规则最为多见。此外,还有一些涉及外国人地位和海洋的规则。

中世纪是指欧洲的封建时期。中世纪并不存在适合国际法正常发展的条件。这主要是由于国王们在国内并没有最高权力,对外则需要向教皇和罗马皇帝表示某种忠诚,概括地说,当时西欧还没有产生中央集权的主权国家这样的国际法主体。这个时期的国际法和国际法实践仍以使节法、条约法、战争法规则为最多见。值得一提的是,在海洋地位方面有一些实践,在意大利各城市共和国产生了领事和常驻外交代表机构。不过总地看国际法没有重大的发展,规则比较少,尚未自成体系,关于国际法也还没有形成明确的观念。

国际法的产生是世界诸多地区都有的现象,也可以说这种现象的产生是带有规律性的。因此,不能说只有某个时代某个地区,例如近代欧洲,才有国际法。但是应当指出,第一,古代和中世纪都是资本主义以前时期,由于物质生产水平限制,各大陆之间,各民族、各国、各地区间总体上处于孤立、闭关自守的状态,当时的国际法是萌芽状态的或处于初级阶段,而且是分散的、地区性的,与近代和现代的国际法不能同日而语。第二,国际法形成一个法律体系发展起来,并且与此相伴随,出现有系统的国际法学著作,确是近代欧洲的事。

二、近代国际法

1500年以后,世界历史进入近代。随着地理大发现,资本主义生产方式在西欧首先发生和迅速发展,西方国家的海外殖民扩张以及世界市场的形成,东西方之间和各大陆之间,各民族、各国、各地区之间的隔绝状态被打破。整个世界在经济、政治、文化等各方面逐步形成互相联系、互相依存又互相矛盾的一体,成为统一的、日益发展的国际法的基础。

近代欧洲国际法开始形成的一个重要标志是结束三十年战争(1618—1638年)的1648年《威斯特伐利亚和约》。当时欧洲主要国家都被卷入这场战争。和约规定了欧洲各国的边界(这是欧洲秩序稳定的法律基础),承认所有参加国家有“领土权和统治权”,确认欧洲各大



国不分宗教信仰和国家制度,一律平等,承认了瑞士和荷兰的独立。原来处于帝国统治下的约三百个封建诸侯国成为独立主权国家,成为平等的国际法主体(但是各诸侯国同非德意志国家缔结条约的权利受到限制)。这样,和约通过建立欧洲国家体系而为国际法的发展(当时主要是在欧洲)创造了有利条件。

这个时期国际法的状况和特点如下:

1. 国际法主体。主权国家,主要是欧洲国家,成为国际法主体。国家平等、国家主权等原则被提出了。但是这些原则的适用起初仅限于欧洲“文明”国家的相互关系,后来才逐步扩大到原为欧洲国家殖民地的美国等美洲国家。土耳其于 1856 年始被接纳加入当时的国际社会,但是它的地位是很特殊的,奥本海写道“因为它的文明被认为不及西方国家的文明”。在第一次世界大战以前,广大亚非国家,包括一些文明古国,被诬蔑为“文明尚未达到使它们政府和人民能处处了解和履行国际法规则所必要的程度”,被排除在国际法的适用范围之外。所以近代国际法在很长一段时期内被视为“欧洲国际法”。

2. 国家的战争权。近代国际法承认国家有战争权(当然,实际上能行使战争权的只有列强)。例如,美国的赫歇(Amos S. Hershey)在其《国际法与国际组织要义》一书(1927 年修订版)中写道“战争是主权性权力或最高政治权力的行使,被视为是主权本身所固有的”。与此同时也承认征服的权利和侵占别国领土的权利,从而也承认“不平等条约”的效力。在实践中,承认列强的战争权和承认不平等条约的效力的实例不胜枚举,在整个中国和其他亚非国家的近代史上俯拾皆是。

3. 国际法的各部门的发展和变化。

(1)领土。十七八世纪的大部分时间内,领土的转让仍然是在国王之间进行的。

18 世纪末叶,领土的变更具有了公法性质,相应地出现了一些新概念和制度,如租借(一般期限可长达 99 年),对所谓“无主地”的“先占”(要求对殖民地土地要有效占领和通告)。边界河流和多国河流的国际航行制度建立起来了。

(2)海洋法。公海自由原则得到承认,其内容较过去有所扩大,公海自由不仅是航行自由,而且还包括捕鱼、铺设海底电缆的自由。领海制度也相应地逐步形成,到 18 世纪末、19 世纪初,领海制度已告确立。

(3)居民。关于居民的国际法规则在 19 世纪有显著发展。主要表现在:a. 选择国籍(发生领土变更时)的办法得到了承认;b. 最惠国待遇得到广泛的采用(其起源还要更早)。庇护权开始出现,与此同时产生了刑事犯的引渡制度。国际法在近代(欧洲)有了重要发展。

(4)外交关系法。外交代表的刑事管辖豁免在此以前已告确立。民事管辖豁免则是在这一时期确立的(在荷兰和英国是在 17 世纪)。1815 年的维也纳会议确定了外交代表的等级制度。外交代表分为大使、公使、代办。

(5)条约法。多边条约和缔结条约的程序有所发展。

(6)国际行政联盟出现。例如万国邮政联盟(1874 年)。

(7)和平解决国际争端。1899 年和 1907 年海牙和平会议对和平解决国际争端的规则有所发展。常设仲裁院成立。

(8)战争法。1899 年和 1907 年的两次海牙会议对战争法规有重要的发展。对战斗员和非战斗员作了区分,禁止对和平居民采取战争行动。战俘制度朝着人性化方向发展,并确立了战俘是处于敌国政府的权力之下的原则。军事占领不产生领土主权的原則确立。禁止在



战斗中使用毒物和足以引起不必要痛苦的武器。禁止毁灭或没收敌人财产,除非是出于军事必要。

(9)中立制度。中立制度也有重大发展,例如中立国不得提供任何直接或间接援助(但是不排除志愿人员和贸易)。

三、现代国际法

20世纪初以后,国际政治、经济形势发生重大变化。国际法也有了突破性发展。但这并不是说,近代国际法的许多制度和规则就完全消失了。现代国际法保留了一些近代国际法的规则,并在此基础上增加了新的成分。例如外交和领事关系法就是在原有基础上发展起来的。1961年《维也纳外交关系公约》就保留并发展了近代国际法中的许多规则和制度。在战争法方面也有类似的情况。1949年的四个日内瓦公约及其1972年两个附加议定书中的有关武装冲突法的规则,就是在改变有关旧的规则的基础之上,再加入新的内容发展起来的。

现代国际法在以下几个方面的发展最为显著:

1. 禁止侵略战争和非法使用武力和武力威胁成为国际法的基本原则。战争作为国家推行其对外政策的工具被废弃,或者说非法战争是被禁止的。违反国际法而从事战争应受到制裁。第二次世界大战后的纽伦堡审判和东京审判,都判定德、日首要战犯的罪行之一是发动侵略战争,就是明证。

2. 和平解决国际争端成为国际法的基本原则。

3. 作为国际法基本主体的国家明显增加,国际法的适用范围显著扩大。这是因为,大批亚非原殖民地国家和附属国相继独立而成为国际法主体,打破了以欧洲国家为主,把亚非国家排除在外的国际政治格局,使国际法真正成为世界各国之间的法。

4. 国际组织。首先和主要是政府间国际组织的大量出现对国际法的全方位的发展产生了巨大影响。特别是国际联盟和联合国组织,在促进现代国际法的发展上曾起过或正起着重要作用。第二次世界大战后许多国际组织的国际法主体地位已经确立。

5. 国际法新的分支和部门一个接一个地出现,例如国际环境法、外层空间法、人权的国际保护。原有部门也有不同程度的发展。例如海洋法、航空法,在近代国际法中并不是一个独立的部门而仅在领土部分有所涉及,但现在已成为国际法的部门。航空法的发展非常迅速,新的内容不断加入,如在航空法中出现的反劫机问题。外空法的出现及发展,则完全是20世纪50年代以后的事。

6. 现代国际法的发展还有一个显著特点是,由于世界各地所出现的影响全球的共同问题的产生,各国合作的领域日益扩展,例如禁毒、防止空中劫持。这种合作大都通过多边条约的形式进行,从而进一步推动了国际法的发展。

第三节 国际法的主体

一、国际法主体的概念

国际法的主体,即国际法律关系的主体,一般是指能独立参加国际关系并依国际法直接



享有权利和承担义务的实体。

国际法主体具有以下三个基本特征：

第一，国际法主体是国际法律关系的独立参加者。国际法主体必须具有独立参加国际法律关系的资格。这种资格是一种权利能力。所谓独立地参加国际关系，是指以自己的名义参加国际关系，自己与其他国际法主体的关系可以构成国际法律关系的内容。国际法是调整国际关系的法律，如果不具有独立参加国际关系的资格，也就不可能直接承受国际法上的权利和义务。例如，某些国家的地方政府或某些联邦国家的各邦，必须经过国家或联邦的授权才能在授权范围内缔结条约或协定，那就不符合这项标准。

第二，国际法主体是国际法权利、义务的直接承担者。法律关系的主体，一般是指在法律关系中依法享受权利和承担义务者。作为国际法律关系的主体，其特性在于：在国际法律关系中依国际法享有权利和承担义务。

第三，国际法主体既是国际法权利、义务的承担者，又是参与国际事务的行为者。与国内法律关系的主体不同，国际法律关系的主体必须是行为者，即以自己的行为参与国际事务。

二、国际法主体的类型

随着国际关系的发展，国际法主体的名单会发生变化。在第一次世界大战以前，只有国家才是国际法的主体。国际组织（政府间国际组织，下同）虽然较早就出现了，但是在第二次世界大战结束以前，甚至在战后初期，还没有被普遍承认为国际法主体。从那时以后，国际组织的国际法主体地位确立了。现代国际法的主体有国家、国际组织以及正在争取解放的民族等几种类型，争议较大的问题主要是对个人主体资格的看法。但是，国家在现代国际法中仍是最主要的主体。

（一）国家

国家曾经是国际法的唯一主体，随着国际关系的发展，国际社会对国际法其他主体的认可，国家成为国际法的基本主体。与国际法的其他主体相比，具有主权这一特性是其他主体无法比拟的基本特性。国家作为国际法的基本主体主要取决于以下因素：

第一，国家具有主权，可以自主参与和发展各类国际法律关系。国际法是以国际关系为调整对象的法律。

第二，国家是国际法规范的基本对象。在国际法所调整的各类国际关系中，以国家主权为基础的国际关系一直是最基本的国际关系。

第三，国家既是制定和发展国际法的基本主体，又是遵守和实施国际法的基本主体。

（二）国际组织

国际组织的国际法主体资格，是随着国际组织的发展逐渐得到确认的。第一次世界大战，特别是第二次世界大战以后，由于国家之间政治、经济等方面的关系日趋密切，联合国以及其他一些国际组织在国际关系中发挥着越来越重要的作用。国际组织的国际人格和国际法主体地位是国际组织发挥作用的一个重要条件，往往在其组织公约、章程中有所规定。例如《联合国宪章》第104条规定“本组织于每一会员国之领土内，应享受于执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力”。第105条规定“本组织于每一会员国之领土内，应享受于达成其宗旨所必需之特权及豁免”。此外，像《联合国特权及豁免公约》《国家与国际组织之



间或国际组织之间维也纳条约法公约》这样的条约名称本身就足以说明这一点。在这个问题上特别应提及国际法院 1949 年的“执行联合国职务时遭受伤害的赔偿”案咨询意见。国际法院认为,“联合国是国家集体活动逐渐增多的产物,为了实现其目的和宗旨,它必须要具备国际人格……这并不是说联合国是一个国家……这只是说它是一个国际法主体,能够享有国际权利和负担国际义务,并有能力通过提起国际求偿来维护它的权利。”

国际组织作为国际法的重要主体,主要取决于以下因素:

第一,国际组织是各国进行国际合作的重要法律形式。国际组织是适应国家之间合作的产物。各国从传统的国家间的双边合作发展为地区间的以及全球性的国际组织合作。因此,各主权国家通过条约建立了各类国际组织,授权国际组织执行其职务及达成其宗旨所必需的职权。

第二,国际组织是国际法规范的重要对象。在国际法所调整的国际关系中,涉及国际组织的既有国家与国际组织的关系,也有国际组织与国际组织的关系。

第三,国际组织既是参与制定和发展国际法的重要主体,又是遵守和实施国际法的重要主体。特别是联合国建立以来,联合国的各主要机关,对于国际法的确立和遵守,具有愈来愈重要的作用。

与国家相比,国际组织的国际法主体是有限的、派生的。因为国际组织只是各国为了在某一领域进行合作而建立的法律形式。它不是国家,其权利能力和行为能力是成员国通过协议赋予的,其活动限于组织章程规定的范围。

(三)正在争取解放的民族或民族解放运动组织

争取独立的民族的国际法主体资格,是随着 20 世纪民族解放和独立运动的发展而逐步得到承认的。第一次世界大战期间,捷克斯洛伐克和波兰人民为争取民族独立,在巴黎成立了民族委员会,先后获得了英、法等国的承认,并作为协约国的同盟者参加了巴黎和会。第二次世界大战后,争取独立的民族的国际法主体资格得到了更多的国家承认。

正在争取解放的民族,一般是指已实际上控制一定的地域或根据地,有一定政治组织和机构作为其在国际上的代表,正在为摆脱殖民统治而斗争着的民族解放运动。这里提到的几点实际上也是这种运动的地位得到承认的条件和根据。本质上,争取解放的民族之所以被认为是国际法的主体,是由于根据国际法它们享有民族自决权,在事实上它们是正在形成中的国家。

民族自决原则是争取解放的民族具有国际法主体资格的法律基础。《联合国宪章》第 1 条第 2 款明确规定,发展国际间以“尊重人民平等权利及自决原则”为根据之友好关系,并采取其他适当办法,以增强普遍和平。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》将“各民族平等及自决原则”列为国际法基本原则。

尽管争取独立的民族具有国际法主体资格,但由于其实际能力的局限,例如争取解放的民族未能在全国范围实现有效统治,行使管辖权的范围就受到一定限制。这些状况直接限制了其实际享受国际法上的权利和义务。由于争取解放的民族的最终目标是建立独立的民族国家,从这种意义上说,争取解放的民族或民族解放运动组织是一种过渡性的国际法主体。

(四)个人是否是国际法主体问题

关于个人是否具有国际法主体资格的问题,我国法学界一直存在争论。认为个人不具有国际法主体的理由,主要是基于国际法主要是国家之间的法律,个人处于所属国家的管辖



之下,不具有独立参与国际关系的能力,不具有直接承受国际法上权利和义务的能力。

认为个人是国际法主体的学者中,代表性的有英国的劳特派特和美国的杰塞普。例如《奥本海国际法》(第9版)就认为,“国家可以将个人或其他人格者视为是直接被赋予国际权利和义务的,而且在这个限度内使他们成为国际法的主体”。新近出版的奥布利昂所著《国际法》(2001年伦敦版)中指出“很明显,个人在国际法上的地位是一件根据当时的境况而定的事情,然而,自1905年《奥本海国际法》初版以来,个人在国际法上的地位已发生了相当程度的改变,而且,关于这个问题的一般原则已经由一直关注这一问题的目前版本的编者做了很好的说明:‘国际法不再——像从前那样——只与国家有关。’在很多情形下,国际法可能已经创设了权利,但是,这一权利属于某个具体的国家,并由于国内法的实施而为个人所享有。”英国学者布朗利认为“在特殊的场合个人作为具有法律人格者而出现在国际层面上”。

现在比较通行的看法是认为个人是国际法的主体。随着越来越多的国际公约明确规定个人的权利和义务,我国学者也逐渐接受个人在国际法的某些领域能够直接承受国际法的权利和义务,具有国际法主体资格。

第四节 国际法的渊源

一、国际法渊源的含义

源于人们对“渊源”(Sources)的不同理解,国际法学界对于国际法渊源的含义,有各种不同的解释。基于国际法渊源的作用主要在于使法律规则得到认定并使法律规则与其他规则包括“应有法”规则区别开来,进而尊重、遵守和适用国际法,国际法的渊源可以定义为:国际法的原则和规则第一次出现的地方和使国际法的规范具有“合法性”的法律形式。

尽管没有公认的专门定义国际法渊源的国际法律文件,但国际法学界普遍以《国际法院规约》第38条为依据对国际法渊源进行解释。

“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(international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting parties)。

“(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者(international custom, as evidence of a general practice accepted as law)。

“(寅)一般法律原则(general principles of law)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(as subsidiary means for the determination of rules of law)。

“二、前项规定不妨碍法院经当事国同意本‘公允及善良,(ex aequo et bono)原则裁判案件之权。”

规约第38条是针对国际法院裁判案件时应依据什么规则以及一般应按照什么顺序这一点规定的,但常被认为是对国际法渊源的权威说明。当前关于国际法渊源的比较一致的观点似乎是,条约和习惯是现代国际法的渊源,还没有变化。司法判例和各国权威最高的国



国际法学家的学说,仍可作为确定法律规则的辅助手段(《国际法院规约》中文本作“确定法律原则之补助资料”)。有一个明显的趋势是把一些国际组织的机构(例如联合国大会、安全理事会)的决议,作为确定法律规则的辅助手段,并且提到较重要的地位,而按照其具体内容赋予不同的法律意义。

二、国际法的渊源

(一)国际条约

国际条约是指国家间、国家与国际组织间或国际组织相互间以国际法为准而缔结的确立其相互权利、义务的国际书面协议,不论用什么名称(如条约、协定、公约、议定书)。“条约必须遵守”是国际法的基本原则。在现代国际社会,国际条约逐渐成为国际法的主要渊源。1945年《联合国宪章》在提到尊重国际法渊源所规定的义务时,也突出了国际条约的地位。

按缔约方的数目分类,可将条约分为双边条约和多边条约。按条约的法律性质分类,条约可分为造法性条约和契约性条约。造法性条约一般指创立、修改缔约方必须遵守的国际法律规则的开放性、多边性条约。契约性条约一般指规定缔约方具体权利、义务的双边条约。自联合国成立以来的国际法的发展中,许多重要的国际法原则和规则都是通过多边性的造法性条约确立的。第二次世界大战以后建立国际新秩序的基本原则和法律措施就是通过《联合国宪章》这个普遍性的国际公约所确立的。但是,双边性或契约性条约也可以成为国际法渊源,因为它们也可以规定国际法规则。

(二)国际习惯

国际习惯是国际法的又一主要渊源。《国际法院规约》界定的国际习惯是各国在其实践中通过重复类似的行为而形成的具有法律拘束力的行为规则。一般认为,国际习惯必须具备两个要件:(1)物质要件,即必须有“通例”的存在。通例是指各国重复的类似行为,即长期的实践,反复的采用。通例形成的阶段也可以看作是国际习惯形成的第一阶段。一般认为,通例的存在需要从以下方面考量:时间上的连续适用、空间上的普遍适用、数量上的多次不断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。即存在的通例已被各国接受为法律。通例被各国接受为法律的这一阶段可以看作是国际习惯形成的第二个阶段。在这个阶段,具有法律义务的通例已形成为具有法律约束力的习惯。国际法院在“北海大陆架案”中指出:不仅行为必须表示为一致的通例,更须证明此种通例是一种法律规则而必须遵守的信念;当事国必须有一种履行法律义务的感觉,而非仅单纯出于礼让或传统的考虑。

国际社会的实践表明,虽然国际条约在现代国际法中具有越来越重要的作用,但是习惯法作为国际法形成的一种机制、方法或过程,仍然是不容忽视的。一方面,国际社会以条约的方式编纂国际习惯,使国际习惯的规则更加明确化;另一方面,条约由于为越来越多的成员方所接受逐渐演变成对国际社会具有普遍约束力的国际习惯法规则。在国际条约和国际习惯的交互影响中,国际法的原则、规则和制度不断发展和完善。

(三)一般法律原则

一般法律原则在国际法的渊源中,是争论颇多的一个问题。首先是关于一般法律原则的含义,其二是一般法律原则是不是国际法渊源。

由于《国际法院规约》第38条没有明确规定,因而学者们提出了各种不同的解释,其中