

GUOJIFA 国际法的概念和渊源

国际法的概念和渊源

李 浩 培/著

贵州人民出版社

国际法的概念和渊源

李浩培/著

贵州人民出版社

(黔)新登字01号

国际法的概念与渊源

李浩培 著

贵州人民出版社出版发行

(贵阳市中华北路289号 邮编 550001)

文字六〇三厂印刷 贵州省新华书店经销

850×1168毫米 32开本 4.625印张 110千字

印数1—3000

1994年9月第1版 1994年9月第1次印刷

ISBN7-221-03594-6/D·132 定价:4.80元

序

国际法的概念和渊源是国际法学上的两个基本问题。只是在对这两个基本问题的答案获得了清楚和正确的理解时，才对国际法的研究有了必要的基础，可以循序渐进，而在国际法的知识方面达到较高的境界。

本书的目的，正是在于企图就这两个基本问题的答案，将清楚和正确的理解提供于读者。为了达到这个目的，本书以有限的篇幅，一方面论述有关的不同学说，以期使读者知所取舍，并形成其自己的观点，另一方面也引证有关的各种裁判，以期使读者从实例中认识真正的国际法。

本书的论述既不盲从权威，也不任意标新立异，一切惟以实事求是为依归。但著者学术谫陋，错误自所难免，甚望读者不吝指正。书中的观点都是个人的，不代表任何组织。

李浩培

1988年 8月1日于北京

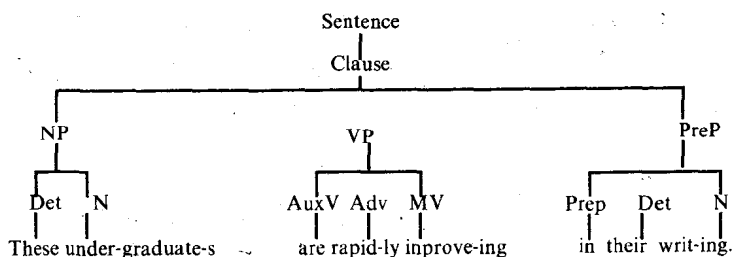
导论——语法层次

语言(LANGUAGE)是社会交际的工具,是音义结合的词汇和语法的体系。语法(GRAMMAR)是语言的组织规律,它赋予语言以结构系统,而词汇(VOCABULARY)则是语言的建筑材料,它通过语法而赋予语言以意义内容。作为社会交际工具的语言首先是有声语言,它所传递的信息首先是通过语音系统表达出来的,所以语音是语义的物质媒介,是语言赖以存在和发展的物质基础。在语言的结构系统、语音系统和语义系统中,结构系统(即语法)是中心成分,是结合语音系统和语义系统的枢纽,在书写体中则是结合文字系统和语义系统的枢纽,可以用公式表示如下:

语义——语法——语音系统 / 文字系统

英语的语法结构具有层次性。它可分为五个不同的层次,即句子(SENTENCE)、分句(CLAUSE)、词组(PHRASE)、词(WORD)和词素(MORPHEME)。句子是语法的最高层次,由一个或一个以上的分句构成;分句由一个或一个以上的词组构成;词组由一个或一个以上的词构成;词由一个或一个以上的词素构成。

既然句子是语法的最高层次,我们就可通过切分法(SEGMENTATION)把句子一层一层地切分到它的最小组成部分——词素。例如:



0.1 词素

词素(MORPHEME)是最小的语法单位,也是最小的语义单位。词素分为两大类:自由词素(FREE MORPHEME)和粘附词素(BOUND MORPHEME)。

1) 自由词素

自由词素指本身具有完整意义并能作为“简单词”(SIMPLE WORD)而单独使用的词素,比如 boy(男孩), girl(女孩), desk(书桌), chair(椅子), kind(仁慈的), cruel(残酷的), give(给), take(拿)等都属于这一类。自由词素可以充当词根(ROOT)加上词缀(AFFIX)构成派生词(DERIVATIVE)。例如:

kind: *kindness, unkind, unkindness, kindly*

friend: *friendly, friendship, friendless, unfriendly, unfriendliness*

自由词素还可以和其他自由词素相结合,构成复合词(COMPOUND WORD)。例如:

book: *bookmark, bookworm, bookshop, bookstall*

take: *intake, take-home, take-over, take-off, takeaway, undertake*

2) 粘附词素

粘附词素指本身没有完整意义,不能单独使用,而必须粘附在自由词素或其他形式上才能表示出意义的词素。粘附词素的主要

功能是在构词上充当词缀(AFFIX),即屈折词缀(INFLECTIONAL AFFIX)和派生词缀(DERIVATIONAL AFFIX)。屈折词缀在现代英语中寥寥可数,它们包括名词复数标记-s/-es;名词属格标记-'s;第三人称动词单数现在时标记-s/-es;动词过去时标记-ed;动词-ed分词和-ing分词标记-ed, -ing;形容词和副词比较级和最高级的标记-er, -est等。派生词缀分为前缀(PREFIX)和后缀(SUFFIX),能和词根搭配,构成派生词。例如:

前缀	后缀	前后缀
<i>anti-war</i>	<i>Marxist</i>	<i>unlucky</i>
<i>postwar</i>	<i>movement</i>	<i>co-existence</i>
<i>pan-African</i>	<i>careless</i>	<i>inappropriateness</i>
<i>co-exist</i>	<i>carelessness</i>	<i>pre-liberation</i>

表示相同意义的词素在不同的环境中可有不同的变体,这叫做词素变体(ALLOMORPH)。词素变体可表现在拼法上,如形容词的否定前缀有以下变体:

in-	im-	il-	ir-
<i>inactive</i>	<i>immature</i>	<i>illegal</i>	<i>irrational</i>
<i>incoherent</i>	<i>immortal</i>	<i>illogical</i>	<i>irregular</i>
<i>inexperienced</i>	<i>imperfect</i>	<i>illegible</i>	<i>irrelevant</i>
<i>insecure</i>	<i>impractical</i>	<i>illegitimate</i>	<i>irresponsible</i>

词素变体也可表现在语音上,如复数标记在 cats 中为 /s/, 在 dogs 中为 /z/, 而在 horses 中则为 /iz/。

还有少数粘附词素在构词上可以充当词根,这叫做粘附词根(BOUND ROOT),以示有别于由自由词素构成的自由词根(FREE ROOT)。

粘附词根有两类:一类构词能力极弱,它们只固定在少数搭配上。例如-ceive就是个粘附词根,它只固定在 receive, deceive, conceive等少数几个词中,不能随便与其他词缀相搭配。这是一种缺乏构词能力的粘附词根,由这种粘附词根构成的派生词叫做

原形派生词(PRIMARY DERIVATIVE)。

另一类粘附词根具有较强的构词能力,这叫做“组合形式”(COMBINING FORM)。两个组合形式相结合,便构成一种特殊的复合词,叫做“新古典复合词”(NEO-CLASSICAL COMPOUND),最常见于科技词汇。

0.2 词

词(WORD)是比词素高一级的语法单位,由一个或一个以上的词素构成。可从两方面对词进行分类:一是根据构词法分类;二是根据句法功能分类。

1) 简单词、派生词、复合词、新古典复合词

根据构词法,英语的词可分为简单词、派生词、复合词、新古典复合词。

a) 简单词

简单词,又叫“单词素词”(MORPHEME WORD),是由单一自由词素构成,多半是一些短小的词,如 at, by, in, on, up, down, far, near, hand, foot, get, take, make 等等。这一类词在英语词汇中虽占少数,但有较高的出现率和较强的派生能力,因而构成英语基本词汇的主体。

b) 派生词

派生词是由词根(主要是自由词根)加派生词缀构成。词根是派生词的基础,同一词根加不同词缀可表示不同的意义或不同的词性。大多数前缀并不影响词根的词性,而仅对词根的意义加以修饰,表示否定、相反、贬低、向背、程度、时间、方位等意义。例如:

表示否定的前缀:

un-	non-	in-	dis-
unfair	nonsmoker	inedible	disloyal
unhappy	nonviolent	inexact	discontent

表示相反的前缀:

un-	de-	dis-	counter-
<i>un</i> bind	<i>de</i> crease	<i>dis</i> cover	<i>counter</i> attack
<i>un</i> cover	<i>de</i> duct	<i>dis</i> courage	<i>counter</i> act

表示错误或失当的前缀:

mis-	mal-	pseudo-
<i>mis</i> judge	<i>mal</i> treat	<i>pseudo</i> -classic
<i>mis</i> direct	<i>mal</i> practice	<i>pseudo</i> -scientific

表示向背的前缀:

pro-	anti-
<i>pro</i> -Chinese	<i>anti</i> -war
<i>pro</i> -American	<i>anti</i> -social

表示程度的前缀:

arch-	super-	ultra-
<i>arch</i> bishop	<i>super</i> market	<i>ultra</i> -leftist
<i>arch</i> -fascist	<i>super</i> luxury	<i>ultra</i> conservative

over-	under-	mini-	semi-
<i>over</i> eat	<i>under</i> cook	<i>mini</i> -car	<i>semi</i> skilled
<i>over</i> dressed	<i>under</i> feed	<i>mini</i> -skirt	<i>semi</i> steel

表示时间的前缀:

pre-	fore-	post-
<i>pre</i> -school	<i>fore</i> tell	<i>post</i> -war
<i>pre</i> -war	<i>fore</i> warn	<i>post</i> graduate

表示方位的前缀:

sub-	inter-	trans-
<i>sub</i> way	<i>inter</i> national	<i>trans</i> atlantic
<i>sub</i> marine	<i>inter</i> dependent	<i>trans</i> frontier

英语中只有三个前缀,就是 be-, en- / em-, a-, 并不改变词根的基本意义,而是引起词性的变化。例如:

be-	en-	em-	a-
<i>benumb</i>	<i>enslave</i>	<i>embody</i>	<i>asleep</i>
<i>befriend</i>	<i>enable</i>	<i>empower</i>	<i>ablaze</i>

英语的后缀具有较强的语法作用, 加在词根上构成派生词, 并不改变词根的基本意义, 而是改变了词性。例如:

动词变名词:

-ation	-ment	-al
<i>exploration</i>	<i>arrangement</i>	<i>refusal</i>
<i>simplification</i>	<i>movement</i>	<i>proposal</i>
-ee	-er	-age
<i>trainee</i>	<i>worker</i>	<i>drainage</i>
<i>employee</i>	<i>teacher</i>	<i>coverage</i>

形容词变名词:

-ness	-ity	-ism	-ist
<i>happiness</i>	<i>diversity</i>	<i>nationalism</i>	<i>loyalist</i>
<i>meanness</i>	<i>acceptability</i>	<i>fanaticism</i>	<i>racialist</i>

名词、形容词变动词:

-ify	-ize	-en
<i>beautify</i>	<i>modernize</i>	<i>quicken</i>
<i>simplify</i>	<i>hospitalize</i>	<i>widen</i>

名词变形容词:

-y	-ish	-esque	-some	-ous
<i>hairy</i>	<i>foolish</i>	<i>picturesque</i>	<i>burdensome</i>	<i>poisonous</i>
<i>sandy</i>	<i>Turkish</i>	<i>Dantesque</i>	<i>troublesome</i>	<i>humourous</i>

但也有一些带后缀的派生词仅仅改变词义, 而不改变词性。例如:

<i>gangster</i>	<i>boyhood</i>	<i>impressionism</i>
<i>kingdom</i>	<i>spoonful</i>	<i>Londoner</i>
<i>machinery</i>	<i>matting</i>	<i>booklet</i>
<i>idealism</i>	<i>friendship</i>	<i>drudgery</i>

目 录

序

第一章 国际法的概念

- 第一节 国际法的定义(1)
- 第二节 国际法的主体(5)
- 第三节 国际法的特性(27)
- 第四节 国际法是名符其实的法(39)

第二章 国际法的渊源

- 第一节 概说(52)
 - 第二节 条约(55)
 - 第三节 国际习惯(88)
 - 第四节 一般法律原则(101)
 - 第五节 国际裁判和学说(114)
 - 第六节 单边法律行为(117)
 - 第七节 国际组织的决议(131)
-

第一章 国际法 的概念

第一节 国际法的定义

一、国际法学家的绝大多数著作，向来把国际法(*International Law*)认为是规定各国之间的行为规则的法。例如：

(一)凯尔森在其《国际法原理》中开头就说：“国际法，或万国公法，是一些规则的总体的名称，这些规则，按照通常的定义，规定各国在其相互往来中的行为。这些规则被称为法。”^①

(二)福希叶在其《国际公法论》中给予该法的定义是：“国际公法或万国公法是决定各国在其相互关系中的各自权利和义务的一些规则的总体。”^②

(三)周鲠生在其《国际法》论著中的定义是：“国际法是在国际交往过程中形成出来的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对各国家具有法律约束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体。”^③

① 凯尔森(Kelsen):《国际法原理(Principles of International Law)》，莱因哈特公司 1952 年第 1 版，第 1 页。

② 福希叶(Fauchille):《国际公法论(Traité de Droit International Public)》，第 1 册，卢梭出版社 1922 年第 1 版，第 4 页。

③ 周鲠生:《国际法》，上册，商务印书馆 1981 年第 1 版，第 3 页。

(四)这些定义得到国际常设法院的支持。该院在1927年对莲花号案的判决中说:“国际法支配独立国家之间的关系。”^①

二、这些定义反映了国际社会主要由主权国家组成,因而主权国家是国际法的主要主体,以及国际法首要地并全部地适用于主权国家以决定其相互权利义务的客观实际。但是它们有一个共同的缺点:它们忽略了现代国际社会的成员不仅包括主权国家,也包括其他成员,这些成员也是国际法主体,因而国际法也适用于主权国家与它们相互间,以及它们相互间,以决定其相互权利义务的事实。详言之,任何法律体系的主体都不是一成不变的,而是随着社会发展的需要而增加的。正如民法的主体可以由于国内社会发展的需要而在自然人以外,以法人作为其主体,在国际法上也可以由于国际社会发展的需要而以主权国家以外的其他实体作为它的主体。

因此,我们对于国际法的定义是:国际法是支配各国际法主体相互间的关系并决定其权利义务的法律规则的总体。国际社会是以全部国际法主体组成的;由于全部国际法主体都受国际法的制约,所以国际社会就成为国际法的社会。但是,如果使用更精炼的字句,国际法也可以被定义为国际关系的准则。

三、需与国际法区别的几个类似的概念:

(一)国际礼让(*International Comlty*)

国际礼让规则,是指各国在国际往来中相互注意实行而不认为是有法律上拘束力的一些行为规则,例如军舰在公海上相遇时互相致敬的规则,外交礼仪的规则。国际礼让的效用在于避免不和谐的气氛,以促进友好的关系。但是,因为礼让按照定义并无法律性质,所以违反这种规则不构成国际不法行为,而只

^① 马雷克(Marek),《国际法院裁判摘要》(*The Decisions of the International Court*),第1册,内伊霍夫出版社1974年第1版,第350页。

是一种不友好的行为，可以引起报复。随着时间的进行和国际关系的发展，有时国际礼让规则可能转变为习惯国际法规则，而有时习惯国际法规则也可能转变为国际礼让规则。例如，1961年《维也纳外交关系公约》所编纂的关于外交官特权和豁免的习惯国际法规则，其起源都出于国际礼让，而现在认为是属于国际礼让的军舰在公海上相遇时互相致敬的规则，过去却认为是习惯国际法规则。

(二) 国际私法(*Private International Law*)

国际私法是在世界各国民法(就是私法)互相歧异的情况下(这种情况，法律术语称为“民法的抵触或冲突”或简称“法律抵触或冲突”)，对含有涉外因素(或称国际因素)的民法关系，解决应当适用哪国法律的法律，所以也可以说是解决民法抵触的法律。在美国国际私法学者斯托里(Story)于1834年在其名著《法律抵触论》中首创使用“国际私法”作为“法律抵触法”的同义词以前，法学家只使用“法律抵触”(Conflict of Laws)来指称这部门的法律。因为国际私法是关于各国民法适用的法律，所以它也有“法律适用法”的名称。但是最近各国关于国际私法的法典，除了包含关于解决民法抵触的法律规则外，也列入关于国际民事管辖权及承认和执行外国民事判决的法律规则。

国际私法主要是国内法，而不是国际法，因为它主要由各国立法者各别自行制定。现在虽然存在着一些统一这方面的法律规则的公约，如海牙国际私法会议所制定的一些公约，但是为数不多，而且习惯国际法也没有为这部门的法律确立任何共同的标准。我国尚未制定国际私法法典，但有少数国际私法规则分散规定在《民法通则》和《涉外经济合同法》等法律中。

(三) 国际刑法(*International Criminal Law*)

由于一国在原则上不适用外国刑法，所以国际刑法实际上是限定内国刑法适用范围的国内法。详言之，国际刑法的作用

在于：在一个行为，由于行为是在外国实施的或由于行为人是外国人，而含有涉外因素的情况下，解决这个行为是否适用内国刑法而行使内国的刑罚权对行为人定罪处刑的问题。例如，我国刑法第三至七条都是关于国际刑法的规定。在这意义上，国际刑法并非国际法，很为显明。

但是，在用于另一意义时，这个名词可以指国际法的一个构成部份。例如，1945年8月8日《追诉和惩罚欧洲轴心国主要战犯协定》所附的《国际军事法庭规约》规定，个人可以因犯破坏和平罪、战争罪或违反人道罪而受刑事追诉和刑罚。这样，该协定和规约的内容实质上是真正的国际法。

(四) 国际行政法 (*International Administrative Law*)

国际行政法是指限定内国行政机关的管辖权和内国行政法的适用范围的国内法，因而也不是国际法。例如，一个国家的行政法如果规定儿童须受十年强迫教育。这个规定是否适用在内国定居或暂住的外国儿童或无国籍儿童，以及是否适用于侨居在国外的内国儿童，须适用该国的国际行政法解决。现在各国都没有完全的国际行政法法典的编纂，所以国际行政法上的抵触规则时常隐含于实体的行政法规内，而且一般都是单边的抵触规则（即只限定自己行政法规的适用范围的规则）。因为这种抵触规则是隐含的，所以须探求立法者的意思来确定。

但是国际行政法须与国际行政联盟法区别清楚，后者是国际法的构成部分。

(五) 跨国法

美国国际法学者杰塞普主张把规定超出一国国境的行为或事实的一切法律总括地称为“跨国法 (*Transnational Law*)。”^① 这样，跨国法将包括国际法、国际私法、国际刑法、国

^① 杰塞普 (Jessup): 《跨国法 (*Transnational Law*)》，耶鲁大学出版社 1956 年版。

际行政法,甚至适用于国际经济关系的法律。杰氏的主张有些大而无当,对于各有关法律部门的深入研究很少助益,因此并未得到学者们的广泛支持。

第二节 国际法的主体

一、既然我们把国际法定义为支配国际法主体相互间的关系并决定其权利义务的法律规则的总体,我们就必须说明国际法主体的概念以及哪些是国际法主体。(国际法主体(*Subject of International Law*)是其行动直接由国际法加以规定因而其权利义务直接从国际法发生的那些实体)国际法主体是多种多样的,其地位也各不相同。这种地位的不同,在把主权国家和其他国际法主体相比较时,特别明显。主权国家是原始的国际法主体,因为国际法正是由于主权国家的产生而产生的,而其他国际法主体可以称为派生的国际法主体,因为这些主体或者由于主权国家缔结条约而产生,如国际组织等,或者由于主权国家的承认而产生,如交战团体和红十字国际委员会等。主权国家是完全的国际法主体,因为国际法全部适用于它们,它们也享有和负担国际法上的全部权利义务,而绝大部分其他国际法主体只是部份的国际法主体,因为按照它们的性质和职能,国际法只是部份适用于它们,它们也只享有和负担国际上的部份权利义务。而且在这些其他国际法主体中,有些是特别的国际法主体,即只是对承认它们的主权国家是国际法主体,而对其他主权国家却不是国际法主体。主权国家除了是国际法主体外,也是创立国际法的最重要的主体,而其他国际法主体或者不参加于国际法的创立,或者虽然参加于国际法的创立(如联合国和一些其他国际组织),然而其所创立的国际法仍然须经主权国家的批准或同意,才能生效。但是,既然它们都是国际法主体,它们就都有国际人格,都是国际人格者,都有国际法上的权利义务能力,

只是各个国际法主体的权利义务能力在程度上有所不同而已。此外,一般地说,它们也有行为能力(包括法律行为能力,如缔结条约的能力,不法行为能力,即实施不法行为因而负担国际责任的能力,和诉讼能力,即作为诉讼原告或被告的能力)。但是,有些国际法主体的行为能力受到限制或甚至完全丧失(见下)。

在这个问题上,苏联的学说的转变值得我们注意。苏联的学说从主权概念出发,向来只承认主权国家是国际法主体。五十年代的苏联国际法教本仍然作出了这样的国际法的定义:“国际法主体是主权权利以及从国际条约或习惯发生的权利义务的承担者。在现代国际法上,通常只有国家才是国际法的主体。”^①但是,由于这个定义不符合实际,1982年的苏联国际法教本不得不予以这样的改变:国际法主体分为主权的(主要的)主体和非主权的(次要的派生的)主体。主权的主体包括国家及为独立和独立国家的建立而斗争的民族和人民;非主权的主体包括国际组织和特别的类似国家的组成体(例如梵蒂冈和前西柏林)。^②从此可见,承认主权国家以外的国际法主体已是现代国际法学说的不容否认的趋势。

二、兹将各种国际法主体列举如下,并分别加以说明。

(一)主权国家(Sovereign State)

国家是定居在一定地域内并成立了政府的人民的组成体。所以人民、领土和政权是构成国家的三个必要因素。组成一个国家的人民必须是定居在一定地域的,从而游牧民族,按照现代国际法,不能成立国家。这些人民并非必须属于同一民族:民族国家,除了少数例外(如瑞典)以外,只是政治口号,并未成为现

① 苏联科学院法律研究所科热夫尼科夫编:《国际法》,世界知识出版社1959年版,第83页。

② 童金(Тункин)编:《国际法(Международное Право)》,法学出版社1982年版,第83页以下。