



武汉大学
百年名典

国际法

■ 周鲠生 著

(上册)



根燦葉茂
實亦聲濟
山高水長
流風長美



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

D99/1=2

:1

2007



武汉大学
百年名典

国 际 法

周鲠生著

(上册)



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际法·上/周鲠生著. —武汉: 武汉大学出版社, 2007. 10
武汉大学百年名典

ISBN 978-7-307-05827-9

I. 国… II. 周… III. 国际法 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 146574 号

责任编辑: 刘新英 责任校对: 刘 欣 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720×980 1/16 印张: 22.75 字数: 326 千字 插页: 4

版次: 2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05827-9/D·763 定价: 40.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

《武汉大学百年名典》出版前言

百年武汉大学,走过的是学术传承、学术发展和学术创新的辉煌路程;世纪珞珈山水,承沐的是学者大师们学术风范、学术精神和学术风格的润泽。在武汉大学发展的不同年代,一批批著名学者和学术大师在这里辛勤耕耘,教书育人,著书立说。他们在学术上精品、上品纷呈,有的在继承传统中开创新论,有的集众家之说而独成一派,也有的学贯中西而独领风骚,还有的因顺应时代发展潮流而开学术学科先河。所有这些,构成了武汉大学百年学府最深厚、最深刻的学术底蕴。

武汉大学历年累积的学术精品、上品,不仅凸现了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术风格和学术风范,而且也丰富了武汉大学“自强、弘毅、求是、拓新”的学术气派和学术精神;不仅深刻反映了武汉大学有过的人文社会科学和自然科学的辉煌的学术成就,而且也从多方面映现了20世纪中国人文社会科学和自然科学发展的最具代表性的学术成就。高等学府,自当以学者为敬,以学术为尊,以学风为重;自当在尊重不同学术成就中增进学术繁荣,在包容不同学术观点中提升学术品质。为此,我们纵览武汉大学百年学术源流,取其上品,掬其精华,结集出版,是为《武汉大学百年名典》。

“根深叶茂,实大声洪。山高水长,流风甚美。”这是董必武同志1963年11月为武汉大学校庆题写的诗句,长期以来为武汉大学师生传颂。我们以此诗句为《武汉大学百年名典》的封面题词,实是希望武汉大学留存的那些泽被当时、惠及后人的学术精品、上品,能在现时代得到更为广泛的发扬和传承;实是希望《武汉大学百年名典》这一恢宏的出版工程,能为中华优秀传统文化的积累和当代中国学术的繁荣有所建树。

《武汉大学百年名典》编审委员会

再版说明

《国际法》是周鲠生先生的代表作之一，最初由商务印书馆于1976年出版。我社此次再版该书，依据的正是这一版本。为方便读者阅读，我们将原书中的注释由尾注统一改为脚注，另外对个别文字与标点的错误做了订正。特此说明。

武汉大学出版社
2007年9月

目 录

第一章 导论	1
第一节 国际法的概念.....	1
第二节 国际法的渊源.....	8
第三节 国际法和国内法的关系	13
第四节 国际法学的派别	18
第五节 国际法的编纂	24
第六节 国际法的历史发展	33
第二章 国际法的主体——国家	49
第一节 国际法主体的概念	49
第二节 国家	62
一、国家的概念	62
二、主权的概念	64
三、国家的类型	66
第三章 国家的承认和继承	92
第一节 国家的承认	92
一、新国家产生的情势	93
二、承认的方式	101
三、承认的范围和效果	104
四、关于承认的性质的理论问题	106
五、政府及其他团体的承认	113
第二节 国家的继承.....	126

一、国家继承的原则和实践	126
二、中华人民共和国与国家继承问题	135
第四章 国家的基本权利和义务	143
第一节 国家基本权利的概念	143
第二节 国家主权原则	149
一、主权原则的概念	149
二、国家主权与国际法的关系问题	152
三、主权行使的限制	158
第三节 独立权	160
一、独立权的概念	160
二、不干涉原则	161
三、帝国主义干涉的方式	163
四、中国坚持不干涉原则	165
第四节 自保权	167
一、自保权的概念	167
二、自卫权	168
三、不侵犯原则	171
第五节 平等权	177
一、平等权的概念	177
二、资产阶级法学家反对平等原则的说法	180
三、中国倡导的平等互利原则	183
第六节 管辖权	185
一、管辖权的概念	185
二、对领土内外国军队的管辖权问题	186
三、外国国家的司法豁免	190
四、对在外国所犯的行为的管辖权问题	196
第七节 国家的责任	200
一、国家责任的性质和后果	200
二、中华人民共和国对于国家责任问题的态度和实践	208

第五章 居民	213
第一节 国籍	213
一、国籍的概念	213
二、国籍的取得和丧失	216
三、双重国籍与无国籍	220
四、中华人民共和国处理双重国籍问题的实践	230
第二节 外国人的法律地位	234
一、外国人的地位问题	234
二、外国人的入境、居留和出境	236
三、外国人的待遇	241
四、过去在东方国家外国人的特权地位	251
第三节 引渡和庇护	261
一、引渡	261
二、庇护	267
第六章 领土	274
第一节 国家领土概说	274
一、领土的概念和性质	274
二、关于领土的法律性质的一些不同的说法	276
三、国家领土的构成	277
四、领土完整的不可侵犯	279
第二节 领水（一）——内水	281
一、湖、内海	282
二、河流	286
第三节 领水（二）——领海	304
一、领海的概念	304
二、领海宽度问题	305
三、领海基线	314
四、领海的法律地位	317

五、海湾和海峡	323
六、中华人民共和国关于领海的声明	331
七、毗连区	335
第四节 领空	338
一、领空问题的概念	338
二、关于上空的法律地位的理论	339
三、关于空中主权的实践	341
四、领空的法律制度	346
五、外层空间的法律地位问题	349

第一章 导 论

第一节 国际法的概念

国际法是国际关系上一个通用的名词，也是法律科学一个重要部门的名称。国际法按其字义所表示，意味着国家间的法律，具体说来，就是国家相互关系上行为的规范。它是法律的一个特殊部门。这一特殊部门的法律最初在西方文献中是以拉丁文 *jus gentium* 的名称出现。*jus gentium* 汉译为万民法，原来属于罗马法的一部分，系 *jus civile* 即市民法的对称。在罗马，*jus civile* 只适用于罗马公民，而 *jus gentium* 则适用于外国人以及外国人和罗马公民的关系，因而说是适用于一切人的，汉译为万民法；但是两者都属于罗马的国内法。

到 16、17 世纪，欧洲哲学家、法学家研究国家相互关系上行为的规则，著书立说的时候，开始使用 *jus gentium* 来称呼这一特殊部门的法律。特别是在 1625 年出版的格老秀斯（Hugo Grotius, 1583 ~ 1645）的经典著作《战争与和平法》（*De jure belli ac pacis*）中使用 *jus gentium* 这一名词来称呼规律国际关系的意志法。于是在通用的法律术语中，*jus gentium* 由国内法而转用于国家间的法律，它已不复是原来意义的万民法，而是新兴的万国法。嗣后 *jus gentium* 转为英文的 *law of nations*，法文的 *droit des gens*，德文的 *Völkerrecht*，而汉译为万国公法。因此，英文的 *law of nations* 和它相应的西文名词在西方通行。但是由于这个名词仍然不能完全表达国家间的法律的意义，英国哲学家边沁（Bentham）在 18 世纪末期建议改用英文的 *international law*，

受到一般赞同^①。从此英文 international law 这一名称转译法文为 droit international，俄文为 международное право，相当于汉文的国际法，在西方国际文件和法律文献上成为一般使用的名称。不过旧日的 law of nations、droit des gens（万国公法）和 international law、droit international（国际法）两种名称至今仍然交错地使用；甚至如法国著名法学者勒诺（Renault）企图区别 droit des gens 和 droit international 的含义，说是前者代表理论法部分，后者代表实在法部分；但是这只是他的一家之言，并不符合法律的现实，因而没有成为法学界的定论。^②

汉文国际法这一名称之通行于中国大约是近七八十年以来的事。早先在中国交涉文件和私人著作上习见的是万国公法或公法。最显著的，例如清朝同治和光绪年间北京同文馆汉译美国人惠敦（Wheaton）、吴尔玺（Woolsey）和瑞士人步伦执礼（Bluntschli）的书，分别定名为《万国公法》、《公法便览》和《公法会通》。清朝末叶日本政法名词传入中国，日本通用的国际法（或国际公法）这一名称乃被中国法学界普遍采用，而代替了旧日通称的万国公法或公法。^③

上面已经简括地指出，国际法是国家在相互关系上行为的规则，但是为了使人们进一步对国际法有一个明确的全面的认识，还需要提出一个学术性的定义。法学家根据各人不同的观点，给国际法作出不同的定义，很难有一个定义能使得学者人人满意的。试举出人所熟知的两个在国际法学上有代表性的定义来看。一个是西方资产阶级国际法权威奥本海教本上的定义：“万国公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的约束力的习惯和协定规则的总体。”^④另一个是苏联科学院国际法教本上的定义：“国际法是调整各国间在其斗争和合作过程中的关系，旨在保证国家间的和平共

① 在边沁于 1780 年提出改称 international law 的主张以前，已有英国牛津大学教授朱什（Richard Zouche，1590-1661）早于 1650 年在他的著作中使用了 jus inter gentes，这正相当于英文的 international law。

② Louter, Le droit international public positif, tome I, p. 3.

③ 据说日本维新之初开始研究西洋公法，最初也是采用汉译万国公法。

④ 《奥本海国际法》（中译本），第 1 卷，第 1 分册，第 3 页。

处，表现这些国家统治阶级的意志，并在必要时由各国单独或集体所实施的强制措施来加以维护的各种规范的总合。”^①把这两个定义比较来看，可说前者的主要缺点也就是一般资产阶级国际法定义的共同缺点，在于它完全隐蔽国际法的阶级性，专从法律的形式上着眼；并且特别提出所谓文明国家，是充分表现殖民主义的意识。后者虽抓住法律的本质，表明国际法的阶级性，但是偏于强调和平共处的保证和集体强制措施的作用。至于肯定国际法是各国公认的、具有法律的约束力的国际行为规范，可以说是意见一致的。

现在可以对国际法作如下的一个定义：国际法是在国际交往过程中形成出来的，各国公认的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对国家具有法律的约束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体。这个定义可以表明国际法如下的四项特性。

第一是国际法的国际性。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。自边沁倡议使用国际法的名称以来，法学界，特别是所谓大陆法学界，于国际公法（public international law）之外，尚使用国际私法（private international law）的名词来称呼另一个法律部门，这很容易使人误认为国际法分为公法和私法两大部分。其实只有国际公法才是国际法；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。例如一个人在甲国订立的契约要在乙国履行；或者一个甲国公民居住于乙国，死后有财产在丙国；法庭对于这类契约诉讼或财产继承的诉讼究竟应该适用哪一国的法律，这个问题就要根据法庭的本国法规来决定，而这种法规被法学家称为国际私法。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。事实上，在英、美法学界有些学者著述完全摒弃国际私法的名

^① 苏联科学院《国际法》（中译本，1959年），第2页。

称而径称为“法律的冲突”（conflict of laws）。^① 所以正确地说，凡说国际法就是专指国际公法，本来“公”之一字是可以不加的。不过原来属于所谓国际私法的一些规则，也可以通过条约对国家发生约束力而取得国际法的性质。^② 必须指出，国际法的国际性在于它是国家间的法律而不是国家之上的法律，是国家相互间公认的法律，而不是在国家之上有一个高级的权力强加于国家的法律，因此人们所谓世界法（world law）或超国家法（supranational law）根本不能说是国际法。可以断言，现今一切从世界国家、世界政府的观点出发提出的所谓世界法的主张都是与国际法的存在不相容的。

第二是国际法的法律性。国际法是国际关系上国家的行为规范，但国家行为的规范不都是国际法。国家相互交往上奉行的行为规范显然不只一端。如所周知，国际关系上也有所谓国际道德、国际礼让（comity）等类规则，而这些都是同国际法显然有所区别，不能混为一谈的。前者对国家没有法律的约束力；后者对国家具有法律的约束力。就所谓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，但是如果偶有违反或漠视，也并不构成违法行为，不发生国际责任问题。^③ 例如对外交官携带物品海关免税，就是国际礼让一个最普遍的例子。当然国际礼让的规则也可以通过长期实践或国际协定而成为国际法的一部分，例如外交特权中有些部分，原来是属于国际礼让的规则。国际道德也是如此，例如战时人道主义的规则就订入1907年海牙公约和1949年日内瓦四公约了。至于国际法则自成一个法律体系，本身就是具有法律的效力的。有的西方资本主义国家的法学家如英国的奥斯汀（Austin）否认国际法的法律性，说它只能称为国际道德，那种说

① 苏联方面则称为“冲突法”。许多国家把解决法律的冲突，适用法律的准据法的规则订成国内法中的单行法，例如日本的《法例》，旧中国的《法律适用条例》；这些就是它们的所谓国际私法。

② 隆茨《国际私法》（中译本），第43～48页。

③ 1919年《凡尔赛和约》第227条谴责德皇威廉违犯“国际道德”，规定对他举行审判。

法是早已为法学理论和国际事实所否定了的。事实上自 19 世纪以来，国际法一直是作为对国家有法律的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的表示自愿承担国际法的义务；各国舆论也无不认定国家有遵守国际法的义务。各国不但在许许多多的条约中承认国际法具有法律的约束力，特别是在《联合国宪章》中，并且有些国家特别依国家根本大法确认国际法的约束力，例如第一次世界大战后的德意志、奥地利的新宪法，1931 年西班牙共和宪法以及第二次世界大战后法兰西第四共和宪法、日本新宪法。遇有国家破坏国际法规则，世界公论以及主张正义和平的各国政府就将一般地加以反对和谴责，视同违反普通法律一样。

不过国际法虽然具有法律的约束力，但是原来不具有一定的制裁（除受害国依靠传统的所谓自助 [self-help] 外）；这是国际法作为一个法律部门最突出的缺点，因而一向被认为法律中较弱的一个部门。自 1907 年《海牙关于陆战规例公约》第 3 条规定违反陆战规则的交战国应负赔偿的义务起，开始出现国际法的制裁规定。后来在第二次世界大战快结束时有 1945 年伦敦宪章关于战争罪犯和惩罚的规定；有 1945 年《联合国宪章》关于维持和平采取执行措施的规定；有 1949 年日内瓦四公约关于破坏公约行为的处罚的规定。于是国际法对违法行为特别是在战争法方面，算是有了一部分具体的制裁规则。但是这些规定不够全面，执行也是不确定的。例如规定在《联合国宪章》的执行措施是唯一法定的有组织的集体制裁，但是在联合国组织的现况之下不可能对破坏国际法的帝国主义的大国采行，而且反而有被帝国主义大国正曲使用的事，例如美帝国主义侵朝战争就是盗用联合国名义进行的。事实上国际法作为国际行为规范，在通常国际情况之下，对于国际合作和斗争的进行，保持一定的秩序，虽有它的积极一面的作用，然而现今对待帝国主义的强国公然破坏法律的侵略行为，则不能徒然依赖国际法本身具有的制裁，而要依靠自卫和世界人民的和平力量。就是第二次世界大战后实行审判和处罚战争罪犯那一突出的实例，也不能说是国际法本身所能起的制裁作用，而只是反法西斯的势力制胜的结果。因此，现今否定国际法的法律性或过分强

调国际法实现集体制裁和保证和平共处的作用，都将是不符合国际法的现实的。

第三是国际法的一般性。国际法是公认的国际行为规范，当然是对各国一般有约束力的。有些西方学者如奥本海认为一般国际法之外还有“只对于两国或少数国家有约束力的特殊国际法”^①；这种看法一般是不能获得接受的。所谓只对两国或少数国家有约束力的特殊国际法通常是指这些国家间的条约规定而言，可是约束少数国家的条约的特殊规定并不就是国际法，也不够称为特殊的国际法；这种条约规定即使是有造法的作用，也只能如下节（《国际法的渊源》）所述，通过长期的实践而采用，形成惯例，成为一般国际法的一部分。特别是某些侵略集团国家间相互奉行的根本违反一般国际法原则的条约规定，是根本非法的，更不能因为加上特殊字样就可以算作国际法。国际法只能是世界绝大多数国家一般承认遵行的共同国际法，理论和事实都是否定所谓特殊国际法的。

西方法学者有的也提到所谓地域国际法，特别是所谓美洲国际法。^② 地域性的国际法虽然和上述特殊国际法的性质不同，但是同样要被否定的。所谓美洲国际法，如奥本海所指出，实在的情况是如下的：“除加拿大外，美洲各国以泛美联盟和定期的泛美会议的方式，成立了非政治性的常设合作机构。它们又订立了许多一般性的公约，把它们之间有关国际公法和国际私法的若干事项编为法典，但附有许多保留。这些公约中经全体美洲国家一般同意的原则，在实质上 and 约束世界其他地方的国家的原则并无不同。”^③ 事实上至今美洲国家同其他地域的国家相互交往不待说，就是它们间相互交往一般也都是适用一般国际法规则；即使美洲国家因为某些特殊政治情况而出现有不同于一般国际法的习惯的或协定的规则，例如外国使馆对政治犯的庇护，但是一般地说，美洲国家并没有在一般国际法之外自成一个地域

① 《奥本海国际法》（中译本），第1卷，第1分册，第3~4页。

② Alvarez, Le droit américain, 1909.

③ 《奥本海国际法》（中译本），第1卷，第1分册，第37~38页。

的国际法体系。相反地，有些拉美国家的外交家和法学家对国际法提出的主张或进行的活动，还是旨在根据拉美国家同帝国主义的欧洲国家和美国交往吃亏的经验教训，修改或补充一般国际法规则，例如有名的关于国家同外人订立合同的《卡尔沃条款》（Calvo Clause），关于反对外国武装索债的德拉果主义（Drago Doctrine），是值得提出的。甚至有人提出有所谓亚洲国际法和非洲国际法，把它们列入所谓大陆性的国际法（*règle de caractère continental*）的范畴。^①这种提法更是没有道理。人们提出的所谓亚洲国际法和非洲国际法无非是把西方帝国主义、殖民主义在亚洲和非洲攫取特权与掠夺殖民地的一些非法方式法律化，而企图分别概括为亚、非两个大陆的国际法体系，如19世纪以来西欧各国分割非洲土地的方式，包括新土地取得的条件、保护地的设立、势力范围的划分等；如帝国主义列强在亚洲侵略中国，攫取特权的方式，包括不平等条约下的特权、租借地、势力范围等。这些方式只是代表帝国主义、殖民主义的政策，根本不属于法律的范畴，而且从一般国际法原则的观点看，是根本非法的。因此，所谓亚、非国际法显然也不是什么大陆国际法，而只是帝国主义、殖民主义强加于这些地域的国家和人民的一系列的掠夺和侵略政策的实现方式，而且已经是被现代国际形势的发展所否定了的。

最后，简单地说说国际法的阶级性。如所周知，法律为政治服务，具有阶级性；国际法作为法律的一个部门也不例外。如苏联科学院国际法教本所指出：“由于社会发展的每一个时期都给国际法带来了与该历史时期的社会经济结构相适应的原则，这就证明了国际法也和其他任何法一样，具有阶级的、上层建筑的性质。”^②可以说，奴隶社会时代有适应奴隶社会经济结构的国际关系的规范，封建社会时代又有适应封建制度的一套国际关系的规范，构成它们时代的国际法；到了资本主义时代更要求一套能为新兴的社会经济制度服务的国际关系的规范，即资本主义的国际法。例如海洋自由原则、不干涉内

① Fauchille, *Traité de droit interantional public*, tome I, pp. 33-38.

② 苏联科学院《国际法》（中译本），第4页。

政原则以及战时保护中立商务的一些规则，就其起源来看，显然都是从资本主义的利益的考虑出发，通过资产阶级的主张和斗争而发展起来的，这些国际法准则表现最明显的阶级性。

国际法虽然同其他法律一样具有阶级性，但国际法与国内法有所不同。国内法是一国立法机关所制定的，代表一国的统治阶级的意志；国际法则是各国公认的，不可能只是代表一国的统治阶级的意志，而只能是同时代表各国的统治阶级的意志。但由于各国的统治阶级，特别是不同政治、社会制度的各国的统治阶级，不可能设想都抱有共同的意志，所谓国际法代表各国统治阶级的意志也只能说是代表它们的协调的意志。

第二节 国际法的渊源

关于国际法的渊源，学者的看法不一致。在一方面，有的学者认为国际法的渊源是惯例和条约，例如奥本海教本和苏联科学院教本都是如此看法。^① 在另一方面，又有学者除惯例和条约两个渊源外，尚承认有其他的渊源，例如美国国际法权威威尔逊的教本就在国际法的主要渊源的名目下列举有（一）惯例，（二）条约或其他国际协定，（三）国际法庭的裁决，（四）国内法庭，如捕获审检法庭的判决，（五）教本著者的意见，（六）外交文件。^② 这种看法的分歧，主要由于人们对所谓法的渊源持有不同的观念。所谓国际法的渊源可以有两种意义：其一是指国际法作为有效的法律规范所以形成的方式或程序；其他是指国际法的规范第一次出现的处所。^③ 从法律的观点说，

① 《奥本海国际法》（中译本），第1卷，第1分册，第19页。苏联科学院《国际法》（中译本，1959年），第6页。

② Wilson, International Law, 3rd ed., 1939, p. 7.

Martens, Traité de droit international, 1883, tome I, pp. 247-254.

③ 法国公法家福希叶区分这两种不同的意义说：其一是指：“Les modes de formation du droit”；其他是指“Les documents fournissant la connaissance des règles juridiques”。Fauchille, Traité de droit international public, 1922, tome I, p. 41.