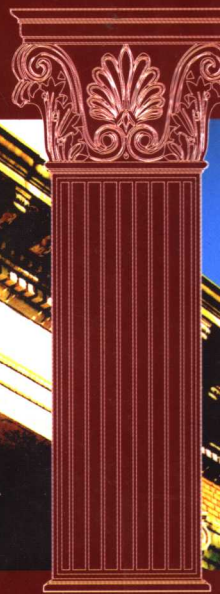


21世纪法律教育互动教材·继续教育系列

国际法

黄亚英 主编

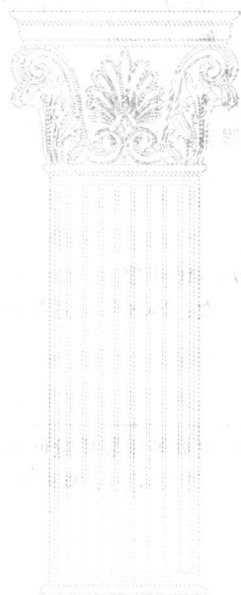


清华大学出版社

21世纪法律教育互动教材·继续教育系列

黄亚英 主 编

国 际 法



清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

国际法/黄亚英主编. —北京:清华大学出版社,2008.1

(21世纪法律教育互动教材·继续教育系列)

ISBN 978-7-302-16564-4

I. 国… II. 黄… III. 国际法—教材 IV. D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第189526号

责任编辑:张德军

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨艳

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社总机:010-62770175 邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015 客户服务:010-62776969

印刷者:北京市昌平环球印刷厂

装订者:三河市李旗庄少明装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×260 印 张:16 字 数:416千字

版 次:2008年1月第1版 印 次:2008年1月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:26.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:023218-01

作者简介

黄亚英,男,深圳大学法学院教授、副院长、国际法研究生导师。吉林大学国际法学士、中国政法大学国际法硕士。中国国际法学会理事、中国国际私法学会常务理事、中国海商法协会理事。深圳市政府法律专家咨询委员会委员、深圳仲裁委员会仲裁员。已在《法学研究》、《中国法学》、《中国国际法年刊》、《法律科学》、《现代法学》、《政法论坛》、《政治与法律》、《法学杂志》等法学核心刊物发表多篇学术论文。组织本书全书的编写和审稿、修改及统稿,撰写本书第七章、第九章。

赵建文,男,郑州大学法学院教授、国际法研究生导师。中国政法大学法学博士。撰写本书第一章、第二章。

慕亚平,男,中山大学法学院教授、国际法研究生导师。中国国际法学会理事,中国国际经济法学会常务理事。撰写本书第三章、第四章、第六章。

李薇薇,女,深圳大学法学院教授、宪政人权研究中心执行主任、国际人权法研究生导师。澳大利亚新南威尔士大学国际法硕士、中国政法大学国际法硕士。中国国际法学会理事。撰写本书第十章、第十一章、第十四章和第十五章第六节。

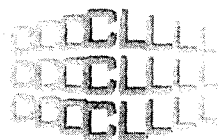
余民才,男,中国人民大学法学院副教授、硕士生导师。北京大学法学博士、中国政法大学法学硕士。撰写本书第十三章。

李毅,男,北京师范大学政治学与国际关系学院教师。北京大学法学博士。撰写本书第五章、第十二章。

王秀梅,女,西北政法大学讲师。中国政法大学国际法博士研究生。撰写本书第八章、第十五章。

代中现,澳门科技大学法学院助理教授。国际法学博士、中山大学公共管理学博士后。与慕亚平共同撰写本书第三章、第四章、第六章。

目 录



—

第一章 国际法导论	(1)
第一节 国际法的概念与特征	(1)
第二节 国际法的渊源与编纂	(5)
第三节 国际法与国内法的关系	(11)
第四节 国际法的发展简史	(16)
配套测试	(20)
第二章 国际法基本原则	(22)
第一节 概述	(22)
第二节 国际法基本原则的内容	(26)
配套测试	(34)
第三章 国际法主体	(36)
第一节 国际法主体的概念和要件	(36)
第二节 国际法主体的种类和地位	(37)
第三节 国家的基本权利和义务	(43)
第四节 国际法上的承认	(47)
第五节 国际法上的继承	(51)
配套测试	(56)
第四章 国际法律责任	(59)
第一节 概述	(59)
第二节 国际不法行为责任	(61)
第三节 国际损害责任	(66)
第四节 国际法律责任的免除	(67)
第五节 国际法律责任的承担方式	(68)
配套测试	(70)
第五章 国际法上的领土	(72)
第一节 领土和领土主权	(72)
第二节 领土的取得方式	(74)



第三节 边界和边境制度	(75)
第四节 两极地区的法律地位	(76)
配套测试	(77)
第六章 国际海洋法	(79)
第一节 概述	(79)
第二节 领海	(81)
第三节 内海	(85)
第四节 群岛国的群岛水域	(87)
第五节 毗连区	(88)
第六节 用于国际航行的海峡	(88)
第七节 专属经济区	(90)
第八节 大陆架	(91)
第九节 公海	(94)
第十节 国际海底区域	(97)
配套测试	(100)
第七章 国际空间法	(102)
第一节 空间法概述	(102)
第二节 国际航空法	(103)
第三节 外层空间法	(108)
配套测试	(112)
第八章 国际环境法	(114)
第一节 概述	(114)
第二节 国际环境保护的各项制度	(117)
第三节 国际环境影响评价	(125)
配套测试	(126)
第九章 国际法上的个人	(127)
第一节 国籍	(127)
第二节 外国人的法律地位	(132)
第三节 引渡和庇护	(135)
第四节 国际法上的难民	(139)
配套测试	(141)
第十章 国际人权法	(143)
第一节 概述	(143)
第二节 国际人权文件	(144)
第三节 国际人权保护的专门领域	(148)
第四节 国际人权法的实施机制	(150)
第五节 区域性人权保护制度	(154)
配套测试	(156)
第十一章 外交和领事关系法	(158)
第一节 外交关系法概述	(158)
第二节 驻外的外交机构	(160)



第三节 外交特权与豁免	(163)
第四节 领事关系法	(168)
配套测试	(172)
第十二章 条约法	(175)
第一节 概述	(175)
第二节 条约成立的实质要件	(177)
第三节 条约的缔结	(178)
第四节 条约的效力	(182)
第五节 条约的解释和修订	(184)
第六节 条约的终止和暂停施行	(186)
配套测试	(188)
第十三章 国际组织法	(191)
第一节 概述	(191)
第二节 普遍性国际组织——国际联盟	(196)
第三节 普遍性国际组织——联合国	(197)
第四节 区域性国际组织	(201)
配套测试	(203)
第十四章 国际争端的解决	(205)
第一节 概述	(205)
第二节 国际争端的政治解决方法	(207)
第三节 国际争端的法律解决方法	(209)
第四节 国际组织与国际争端的解决	(215)
配套测试	(217)
第十五章 战争与武装冲突法	(220)
第一节 概述	(220)
第二节 国际法对战争权的限制和禁止	(224)
第三节 战争和武装冲突的开始与结束	(225)
第四节 国际人道法	(227)
第五节 战时中立制度	(233)
第六节 战争犯罪的惩治	(235)
配套测试	(241)
配套测试参考答案	(243)

第一章

国际法导论

导读

本章重点掌握:国际法的定义;国际法的主要特征;国际法的渊源的概念和种类;国际习惯法的构成要素;一般法律原则的含义、地位和作用;一元论的国际法优先说和二元论的国际法与国内法关系的理论;各国处理国际法与国内法的冲突的实践;国际条约在我国国内的适用;中华人民共和国对国际法的贡献。

第一节 国际法的概念与特征

一、国际法的名称和定义

(一) 国际法的名称

国际法名称的使用,一直与人们对国际法的性质的认识和对国际法发展的期望相联系。近代国际法的奠基人雨果·格劳修斯(Hugo Grotius, 1583~1642)借用罗马法中调整罗马公民同外国人之间关系的法律——“万民法”(jus gentium; Law of People)指称国际法。当时英国学者苏智(Richard Zouche, 1590~1660)曾使用过“国家间法”(jus inter gentes)的名称,但由于格劳修斯的权威地位,那时的国际法学者大都使用“万民法”的名称。后来,万民法被转译为“万国法”(law of nations),万国法有国家“之上”的法律的意思。18世纪末,英国学者边沁(Jeremy Bentham, 1748~1832)在《道德和立法原理导论》一书中提出的“国际法”(international law)这个名称,准确地表明了国际法是国家“之间”的法律,是由国家制定和实施的,而不是国家“之上”的法律,不是由超国家的权威制定和实施的。由于这个名称符合国际社会的现实,比其他名称更能反映国家之间的法律的本质特征,所以一直为各国政府和大多数学者所沿用。^①不过,学者们使用的“国际法”名称并不完全一致。当在欧洲共同体或欧洲联盟的体制下出现“欧洲公民”称谓、人民自决权得到国际法确认以及国际人权法形成以来,有些学者认为世界秩序正在发生向格劳修斯时代那样的“万民法”的回归。有学者仍然把国际法称为“万国法”,也

^① 在19世纪60年代国际法被全面介绍到中国来的时候,使用的是“万国公法”的名称。此后,万国公法常常简称为“公法”,布伦奇理的《近代国际法》中文译本就被定名为《公法千章》。1908年,日本人最先使用的中文的“国际法”名称传到中国,由于它准确地表达了“International law”的含义,便逐渐成为普遍使用的国际法的中文名称。



有学者使用“超国法”(supranational law)、“跨国法”(transnational law)、“人类法”(law of humanity)、“世界法”(world law)的名称。这些名称在一定程度上反映了有关学者想改变国际法的现有性质,把它从国家“之间”的法律改变为国家“之上”的法律或个人之间的法律的愿望。这样超前的名称不符合国际社会的现实,国际法在可以预见的将来不会改变其“国际(国家之间)”的基本性质。

(二) 国际法的定义

国际法主要是调整国家关系的有拘束力的原则规则的总体。一般国际法和区域国际法都是国际法总体的组成部分。

一般国际法,即通常所说的国际习惯法或公认的国际法,是适用于全世界所有国家之间的关系或者说是对所有国家都有法律拘束力的国际法。区域国际法,即产生并适用于世界某个区域的国家间关系的国际法。例如,美洲国家,特别是在拉丁美洲国家,有着共同的历史文化和共同的利益,产生了国际法方面的共同主张,形成了“美洲国际法”或“拉丁美洲国际法”。“卡尔沃条款”、使馆的庇护权等规则,就是“美洲国际法”的显著例子。欧洲共同体法/欧洲联盟法是国际法上的新生事物,是欧洲的“区域国际法”。

二、国际法的特征

(一) 国际法主体是以国家为主的国际社会成员

我国学者通常认为,国际法主体必须具备独立参加国际关系的能力、直接享有国际法上的权利和直接承担国际法上的义务的能力以及独立进行国际求偿的能力。只有国家及类似国家的政治实体(如巴勒斯坦)、政府间国际组织具备这三种能力,才具有国际法主体资格。作为国际法主体的国际社会成员的范围,是随着国际社会的发展而变化的。国家曾经是国际法的唯一主体,现在是国际法的基本主体。国际组织过去不是国际法主体,而现在是毫无争议的国际法主体。非政府组织、自然人和法人在一定条件下或一定范围内是不是国际法主体,是有争议的。

(二) 国际法的对象是以国家关系为主的国际关系

从国际法主体的种类来分,国际关系有国家间的关系、国家与国际组织间的关系、国际组织间的关系等;从国际交往的主体是否具有官方地位,分为政府间关系与非政府间的关系。

国际法,之所以又称为国际公法(public international law),是因为其对象是“公”的(public)关系或是官方关系,即双方或至少一方是国家及类似国家的政治实体、政府间国际组织的法律关系。有些事项,如种族或宗教团体之间的关系,虽然表面上不是官方关系,实际上与国家的国际义务分不开,仍是国际公法的对象。

在中国,国际私法的对象被界定为具有涉外因素的民商事关系,主要任务是解决不同国家的民商事法律的冲突。当国家或政府间国际组织不以主权者或官方组织的资格行事,而以平等主体身份参与国际民事、商事关系的时候,就是国际私法的主体。如果各国在国际私法方面订立了国际条约,如《未成年人监护公约》、《联合国国际货物销售合同公约》,条约所规定的事项仍然是国际私法的对象,属于国际私法条约,但条约的缔结和履行关系是“公”的关系,适用国际公法上的条约法。

(三) 国际法是国际法主体之间,主要是国家之间的法律

国际法是国际社会成员“之间”,主要是国家“之间”的法律,不是国家“之上”的法律,与国内法作为法律主体“之上”的法律的性质是不同的。



首先,国际法是国际法主体主要是国家以协议的方式制定的,国际社会没有普遍的像国内那样的立法机关来制定法律。国际法渊源中的国际条约是由国家在平等的基础上以明示协议的方式制定的;国际习惯法可以解释为由各国通过反复和一致的行为以默示协议的方式确立的,其中的一般国际法强制规范是国际社会全体或整体接受的;一般法律原则是“文明各国所承认”的结果。国家、国际组织既是国际法的制定者,又是国际法上的权利的享有者和义务的承担者。

其次,国际法主要依靠国家单独或集体的强制力量保证实施,没有普遍的如同国内法那样的执行机关。当国家的权利遭到非武力的侵害时,受害国可以采取相应的办法来制止这种侵害行为和要求赔偿损失;当国家遭到武力侵犯时,受害国可以单独地或集体地行使自卫权。不过,在某些问题上由代表国际社会的机构来强制执行国际法是可能的,例如联合国安全理事会根据《联合国宪章》可以组织制止侵略或维持和平的部队,担当一些执行国际法的职能。但是,这在目前只是对国家自身的单独或集体的强制力量的补充。

最后,国际法上的争端主要依靠国家自愿选择的方式来解决,国际社会还没有普遍性的像国内那样的具有强制管辖权的司法机关。

(四) 国际法是有法律拘束力的国际行为规范

与上述三个特征相对而与国内法不同,国际法的这一特征是相对国际道德和国际习惯规范而言的。

1. 国际法的法律性

19世纪的英国法学家奥斯汀(John Austin, 1790~1859)把国际法称为“实证道德”,他认为国际法是由道德制裁保证实施的,即由于国家害怕其违反国际道德的行为发生有害结果而得到实施的。他把法律定义为“主权政治权威所制定和执行的人类行为规则的总体”,因为法律必须来自处于法律主体之上的一个权威。从这个定义出发,他认为主权国家之上并没有一个能够制定和执行这些行为规则的主权政治权威,因而国际法不是法律。他的定义只包括了国内法中的成文法或制定法,没有包括国内法中的不是由主权的政治权威制定而是在社会生活中形成的在审判实践中得到反映的习惯法,更没有包括国际法,属于逻辑上所讲的“定义过窄”的情况。如果以国内法为标准甚至仅仅以国内法中的成文法为标准去判断国际法是不是法律,就可能得出国际法不是法律的结论。无论在理论上还是在实践上,国际法的法律性都是否定不了的。法律可以“是上下位的,即由上位者对下位者命令遵行(从属法)的”,也可以是“同位者共同制定以便互相遵守的(同位法)”。^①

国际法是法律,具有法律共性:国际法具有规范性,是关于国际社会成员的权利义务关系的规范;国际法具有强制性,是主要由国家单独或集体的强制力量保障实施的;国际法具有法律拘束力,国际社会成员必须遵守它;如果违反了,就构成国际不法行为,产生相应的法律责任;如果有责任的国家不依法承担责任,因不法行为受害的国家有权采取反措施,有时其他国家或有关国际组织也有权采取相应的措施。

在国际关系中,国际法的法律性是各国公认的,没有一个国家否认国际法的法律性。遇有国际争端,各方都会寻找国际法上的根据为自己的行为辩解。国际法经常是被各国遵守的,出现国际不法行为不能说明国际法没有法律性,正如出现违反国内法现象不能证明国内法没有法律性一样。人们关于国际法被破坏的印象之所以比较深,是因为国际法被破坏的事情往往会被广泛宣传。其实,破坏是例外,遵守才是一般情况。

^① 李浩培:《国际法的概念和渊源》,45页,贵阳,贵州人民出版社,1994。



促使国家遵守国际法的最终原因存在于国际法之外。国际社会相互依赖、相互制约的程度越是加深,国际法越能得到遵守。从长远的观点看,违反国际法的国家是得不偿失的,是逃不脱制裁的。遵守国际法是符合国家的长远利益的,这使得国际法的实施并不单纯依赖外部强制。在当代,非法使用武力等严重违反国际法的行为,不仅会遭到受害方的报复,还会遭到国际社会的集体制裁。犯下国际法上罪行的人,即使有官方身份,也会被追究国际刑事责任。

2. 国际法与国际道德

国际社会的行为规范,除国际法之外,还有国际道德规范。有法可依的国际关系,是国际法律关系。无法可依的国际关系,如一个国家遭受严重灾难,其他国家是否应当慰问或援助,应当适用国际道德规范,是国际道德关系。不履行国际道德义务,有可能对国际关系产生不良影响,但不引起国际法律责任。国际道德有转变为国际法的可能性。国际援助是道德规范的要求,但某些国际援助,例如发达国家应当向发展中国家提供履行国际环保条约规定的义务所需技术和资金的援助,已经规定在许多环境条约当中。

三、国际法的效力根据

研究国际法效力的根据,就是要解决国际法为什么或凭什么对国家有法律拘束力,或者说国际法为什么有法律效力。在这个问题上,国际法上的不同学派有不同的回答。

17世纪自然法学派(naturalists)在国际法上的主要代表人物为英国的霍布斯(1588~1679)和德国海德堡大学的自然法和国际法教授普芬道夫(Samuel Pufendorf, 1632~1694)。自然法学派认为在人类制定的法律之外,存在着优于和高于人类的制定法的自然法,最好的法律就是最符合自然法的法律;国际法的效力根据是自然法,或者说,国际法之所以有法律效力,是因为其内容符合“自然法”,符合“人类理性”,符合“人的本性、社会的本性或事物的本性”。

在19世纪,实证法学派(positivists)代替了自然法学派而占主导地位。实证法学派的发起人是边沁,奥斯汀继承和发展了边沁的思想,荷兰学者宾刻舒克(Cornelis van Bynkershoek, 1673~1743)最先用实证法学派的观点看待国际法问题。第一次世界大战前后,奥本海(Lassa Francis Lawrence Oppenheim, 1858~1919)等许多著名国际法学者都属于该学派。在当代,这个学派虽然不像从前那样处于主导地位,但还有一定的影响。实证法学派认为,法律不是“自然”的,而是作为主权者的政治权威制定和执行的;法律是意志的产物,国际法效力的根据是在现实中起决定作用的国家的共同同意或共同意志。国家的同意或意志是可以通过国家之间签订的条约和国家颁发的文件等证据得到实证的。

新实证法学派的学说的政策定向说认为,国际法的效力根据存在于国家对外决策和这种决策的实施过程之中,是国家的对外政策决定了国际法的效力根据。新实证法学派的另一个学说是权力政治说,认为国际政治支配着国际法,国际政治的核心是国家权力。各国权力的均衡即“势力均衡”是国际法存在的基础,也是国际法效力的根据。

以狄骥(Leon Duguit, 1859~1928)为代表的社会连带法学派,主张对国际法进行社会学上的考察。他们认为,一切法律的基础先于人类的意识,是社会的产物,是社会连带关系的要求。如果个人或国家要生存,就必须和他人或他国保持连带关系。个人和国家都应当按社会连带关系的要求行动,一切法律的效力根据都在于社会连带关系。

以美籍奥地利学者凯尔森(Hans Kelsen, 1881~1973)为代表的规范法学派认为,国际法和国内法属于同一法律体系,其中的法律规范有不同等级(a hierarchy of norms),每一级规范的效力根据在于上一级规范。国内法的效力根据最终是宪法,各国宪法的效力根据是国际法,国际法的效力根据是一个“基本规范”(basic norms)——“协定必须遵守”。至于人们为什么接受这个规

范,凯尔森说这是法律以外的问题。

我国国际法学者提出:由于国家是国际法的创立者或制定者,国际法效力的根据应在于国家本身,即在于国家的意志;但这不是指个别国家的意志,也不是说各国之间有“共同意志”,而是指国家意志之间的协议。即使是不同政治经济制度的国家之间,也是可以达成协议而受拘束的。

第二节 国际法的渊源与编纂

一、国际法的渊源

(一) 国际法渊源的概念

我国已故著名国际法学家周鲠生认为:“所谓国际法渊源(sources of international law)可以有两种意义:其一是国际法作为有效的法律规范所形成的方式或程序;其二是国际法的规范第一次出现的处所。”^①探索国际法的渊源问题,一方面是为了了解“国际立法”的方式或程序,以便完善“国际立法”体制;另一方面是为了解决国际法的适用问题,也就是在诉讼过程中或在国际关系中遇到具体法律问题时如何确定可以适用的法律的问题。

《国际法院规约》第38条规定了法院裁判案件的法律依据,通常被认为是对国际法渊源的权威说明。该条规定:“(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:(1)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;(2)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者;(3)一般法律原则为文明各国所承认者;(4)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。”该条所规定的各项都是国际法渊源或国际法渊源的辅助资料,但还应当补充《国际法院规约》中没有规定的国际组织或国际会议的决议,特别是联合国大会通过的决议作为“补助资料”。

(二) 国际条约

1. 条约的定义

条约是国际法主体之间以国际法为准确立相互间权利和义务关系的书面协议,是现代国际法最主要的渊源。“条约”一词有广义和狭义之分。广义的“条约”包括符合前述条约基本特征的各种名称(如公约、协定、宪章、议定书)的国际协议;狭义的“条约”仅指符合前述条约基本特征并以“条约”冠名的国际协议。

2. 条约的种类及其在国际法渊源中的地位

按缔约方的数目,可分为双边条约和多边条约。双边条约是指两个当事方之间缔结的条约,多边条约是由三个或三个以上的缔约方缔结的条约,其中普遍性多边条约规定那些与世界各国都有利害关系的事项,允许世界各国或有关组织加入,在国际法渊源中有更为重要的地位和作用。

按条约的法律性质,分为契约性条约和造法性条约。“契约性”条约(contractual treaty)规定缔约国的具体权利和义务,如边界条约、通商条约,构成缔约国之间的“特殊国际法”。不过,如果有许多双边的契约性的条约对同一事项作了同样的规定,例如许多双边引渡条约都规定政治犯不引渡原则,这种规定就会成为普遍或一般国际法的原则规则。“造法性”条约(law-making trea-

^① 周鲠生:《国际法》,10页,北京,商务印书馆,1981。



ty), 尤其是以编纂现有国际法和逐渐发展国际法为目的的造法性条约, 如果得到普遍参加, 完全可以视为一般国际法或普遍国际法的渊源, 如 1963 年《维也纳外交关系公约》, 1982 年《联合国海洋法公约》。

按条约的内容, 可分为政治、经济、文化、科学等类别。例如, 《中华人民共和国条约集》就是按条约的内容来划分的, 分为 14 类, 即政治类、法律类、边界类、边境问题类、经济类、文化类、科技类、农林类、渔业类、卫生保健类、邮政电信类、交通运输类、战争法规类和军事类。

3. 凡是合法有效的条约都是国际法渊源

这里所谓的“合法”, 是说不与一般国际法强制规范相抵触。条约在缔结时与一般国际法强制规范相抵触的, 是无效条约; 缔结后与新产生的一般国际法强行规范相抵触的, 是应当终止而失效的条约。这里所谓的“有效”, 是说条约已经生效并在有效期内。我们区分双边条约与多边条约、契约性条约与造法性条约的目的, 是为了说明它们在国际法渊源中的不同地位。按照《国际法院规约》第 38 条, “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”, 都是法院裁判案件的国际法依据, 都是国际法渊源。国际法院关于“在德黑兰的美国外交和领事人员案”的判决中, 既作为法院确定管辖权依据, 又作为法院判决实体问题依据的三个条约是: 《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》、《美伊友好、经济合作和领事关系条约》。前两个是多边条约、造法性条约, 后一个是双边条约、契约性条约。

(三) 国际习惯法

1. 国际习惯法在国际法渊源中的地位和特点

国际习惯法是通过国际习惯而确立的国际法, 即通过各国的反复和一致的实践所确立的被认为有法律拘束力的不成文国际行为规范。国际习惯法是国际法的最古老的渊源, 是现代国际法的主要渊源。在当代, 许多习惯法规则已编纂在国际条约之中, 但并不是所有的习惯规则都编纂成了条约, 而且还会不断产生新的习惯法规范。国际习惯法构成一般国际法, 具有一般性和自动适用性, 对国际社会各国都具有拘束力, 无须各国个别地履行批准或接受手续。

2. 国际习惯法的构成要素

按照《国际法院规约》第 38 条的表述: “国际习惯, 作为通例之证明而经接受为法律者”。这里所称的“通例”表明了国际习惯法的客观要素, “经接受为法律”是指国际习惯法的主观要素。

客观要素或物质要素的要求是: 由各国的反复和一致的实践形成了“习惯”(custom)。国际法院在“庇护权案”中指出: “事实……表明, 在外交庇护权的具体行使中和官方在各种场合所表示的意见中有如此之多的不确定和矛盾之处和如此之多的变化和差别……还不可能看出……有任何经常的和一致的习惯已被接受为法律。”主观要素或心理要素的要求是: 各国认为有法律拘束力, 也称为“法律确信”(opinio juris) 或“法律的必要确信”(opinio juris et necessitatis), 也就是使“习惯”加上“法”的特性。如果国家认为某项习惯规范是国际法所必需的, 承认了它的法律拘束力, 这项规范就成了国际习惯法规范。不是所有的习惯规范都会成为习惯法, 单纯的反复的类似行为只能被视为习惯, 习惯被接受为法律, 才构成国际习惯法。在法国和土耳其为当事国的“荷花号案”中, 法国找出了大多数处在土耳其地位的国家并没有行使刑事管辖权的“习惯规范”, 但是, 法国未能证明它所主张的习惯规范具有上述“主观因素”, 国际常设法院认为处于土耳其地位的国家不行使刑事管辖权是出于国际礼让, 而不是出于法律义务感。有很多国际行为, 例如在仪式和礼节的范围内, 几乎是一成不变地实行的, 然而这些行为的动因只是礼仪、便利或传统的考虑, 而不是任何法律义务意识。军舰在公海上相遇时互致敬礼是一项国际习惯, 而不是一项国际习惯法。

国际习惯法的两个要素的形成都涉及时间、数量和一致程度三个问题。由于国际习惯法的



形成既需要各国的反复的一致实践,又需要各国在这种实践中逐步认为有法律义务,在古代乃至近代往往需要经过数十年,甚至上百年的时间。海洋自由原则 17 世纪提出,19 世纪才演变为国际习惯法。但在现代,国家之间频繁交往,国际习惯法可以在较短时间内形成。关于大陆架、专属经济区和外层空间的法律地位的规则,从提出到演变为国际习惯法,都只用了十几年的时间。即使时间短暂,只要有关国家的实践活动频繁而且一致,就能形成国际习惯法。这样形成的国际习惯法,被称为“即时”国际习惯法,重点在于“法律确信”,而不在于“通例”所表明习惯规范。无论如何,因为“习惯”要求有持续性和一致性,一项规范一提出就立即形成习惯法是绝对不可能的。

一般说,采取同样实践的国家的数量越多,越能证明习惯法的形成和存在。大多数国家的实践可以代表国际社会作为整体的实践,国际习惯法的形成并不要求每一个国家都有相关的实践,有时候这样的要求是不可能达到的。1957 年人造地球卫星上天这样的一次行为,在没有其他国家反对的情况下,就可以形成外层空间自由探索和利用的国际习惯法规则。即使到今天,能够自行发射人造卫星的国家仍然是少数。在某些领域内,有直接关系的国家的实践,无论是大国小国,往往比无利害关系的国家的实践发挥更大的作用,甚至是发挥决定性的作用。从前,内陆国的行为很少能够在有关海洋的国际习惯法的形成方面发挥作用。如果各国的实践没有一致性,前后矛盾,习惯法就形成不了。在 1982 年《联合国海洋法公约》之前,关于领海宽度的规则,由于各国实践不一,长期不能形成习惯法。一项习惯法规范对自始反对该项规范的国家无拘束力,但不影响该项国际习惯法规则的确立。国际法院在“英挪渔业案”中指出,直线基线长度的 10 海里规则“似乎不能对挪威适用,因为挪威始终反对这项规则适用于挪威海岸的任何企图”。有英国学者认为,1974 年 12 月 12 日,联合国大会表决《各国经济权利和义务宪章》时,美国、英国、德国等六个国家因对第 2 条关于国有化的规定不满意而投了反对票。如果该条规定演变为国际习惯法,也不能拘束这六个一贯反对的国家。^①但是,一项习惯规范确立之后,并不因遭到某国反对而对该国无拘束力。

3. 国际习惯法的形成途径及其证明

为了查明国际习惯法规范,必须寻找其形成和存在的证据。总地说来,国际习惯法的证据有以下四方面:

(1) 国家有关国际法的国际实践。这方面最主要的是负责国际关系的那些国家机关的行为或文件,例如,国家元首、政府首脑或外交部部长在对外关系中的言论或行为,政府对外发表的声明,外交部发出的外交照会及其他外交文书。外交部对其驻外外交代表和领事发出的训令,国家同意受有关条约的拘束的行为,非缔约国把有关条约作为行为规范对待,等等。国际法院在“北海大陆架案”中指出,一个国际公约得到广泛和有代表性的国家参加,这本身就可能对公约的有关规定转化成国际习惯法规则。

(2) 国家有关国际法的国内实践。这方面最主要的是各国有关国际法的国内立法、行政行为 and 法院判决。在国际法院 1969 年审理的“北海大陆架案”中,国际法院认为《大陆架公约》第 6 条规定的中间线规则并没有成为习惯规则,因为从各国的划界实践中找不到这样的证据。

(3) 国际组织的法律实践。这方面主要是国际组织的决议,国际仲裁法庭的裁决,国际司法机关的判决或咨询意见。

(4) 具有最高权威的国际法学家的意见。例如,各国政府或国际机构的法律顾问们的意见。

^① I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford, 2000, p. 546.



(四) 一般法律原则

1. 一般法律原则的含义

根据《国际法院规约》第38条第1款第3项,国际法院在裁判案件时可以适用“一般法律原则,为文明各国所承认者”。

“文明各国”的含义是什么?由于近代国际法是在基督教国家的交往中产生的。在历史上,西方国家认为“文明各国”就是指它们自己,即基督教文明国家,其他国家或民族都是野蛮的或未开化的。第二次世界大战以来,“文明”的含义发生了变化,不再是只包括基督教文明了,“文明各国”的含义也逐渐发生了变化,包括了作为国际社会成员的“世界各大文化及各主要法系”的所有主权国家。

文明各国“所承认”应如何理解?各国现行法律所“共有”,就表明了“承认”。各国法律是各国意志的体现,各国的承认就包含在各国的法律中。“文明各国”所承认,不是说必须从每一个国家的国内法中找到根据,只要从世界上各大文化及各主要法系的有代表性的国家找到承认的根据就可以断定“文明各国”的承认。这从《国际法院规约》第9条要求法官代表世界各大文化及各主要法系可以得到佐证。

“一般法律原则”的含义是什么?学者们的观点主要有四种:世界各民族的一般法律意识的表现;国际法的一般原则;国内法的一般原则;国际法和国内法的一般原则。

多数学者的观点是上述第三种观点,即文明各国国内法中一般法律原则。由于人类的共同性和各国的基本需要的共同性,在各国间总有最低限度的价值标准的存在。这些最低限度的价值标准表现在各国法律中,就是一般法律原则。事实上,各国国内法,无论公法或私法、实体法或程序法,尽管存在这样那样的差别,但毕竟有一些相同的法律原则。这些一般法律原则不是任何国家甚至不是任何法系所特有的,而是为各大法系所共有。它们的存在是法的精神基本一致的证据。作为国际法渊源的一般法律原则,不是说国内法中的所有法律规范,国内法中的具体的原则、规则不具有一般性,无法移植到国际法中来。随着国际交往日益增多,各国法律相互借鉴,会有更多的原则趋同,一般法律原则的数量也会有所增加。各国法律体系所共有的原则很多,例如,时效原则,不可抗力的原则,善意和禁止滥用权利的原则,判决确定力原则,法律不溯及既往原则,特别法优于普通法的原则,紧急状态原则,尊重既得权原则,禁止不当得利原则,禁止从自己的不法行为取得利益的原则,间接证据原则,等等。

2. 一般法律原则的作用和地位

“一般法律原则”的主要作用,是在国际法院的裁判中用来填补条约与国际习惯法的空白。在任何司法体系中,都可能出现缺乏具体案件的裁判依据的情况。相对国内法和国际社会的需要而言,国际法是欠发达的和不成体系的。在没有条约和习惯规范可以用来裁判案件时,国际法院可以适用一般法律原则。如果连一般法律原则也没有,那才可以得出结论说:无法可依,驳回受害国的权利主张,因为它们的争议不是法律争端或不是法律关系,不可以用司法裁判的方法解决。由于一般法律原则具有一般性,适用的范围广,不可能出现法律空白。一般法律原则还可以为条约或习惯法的适用提供一个可以参照的法律原则的背景,可以修正条约或习惯法的适用,可以以其为基础发展条约或习惯法。

一般法律原则不是国际法的主要渊源,而是补充渊源。

3. 一般法律原则与公允及善良原则

依照《国际法院规约》第38条第2款,国际法院经当事国同意可以适用“公允及善良”(ex aequo et bono)原则裁判案件。上述规定的意思是:经争端双方当事国同意,法院可以根据正义原则和案件自身的情况,而不必拘泥于现行的国际法规则而寻求争端的解决。如果没有当事国的

同意,法院必须适用规约第38条第1款依照国际法判案。国际法院还没有单独适用过“公允及善良”原则裁判案件。有些学者认为“公允及善良”原则本身就是一项一般法律原则。

(五) 国际组织或国际会议决议、司法判例和公法家学说

《国际法院规约》第38条第1款规定:“在第五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法家学说,作为确定法律原则之补助资料者。”所谓“确定法律原则的补助资料”,是指用以帮助确定某项国际法规范是否存在或解释其含义的国际法资料或证据,其本身并不是独立的国际法渊源。按照《国际法院规约》和国际实践,国际组织或国际会议的决议,司法判例、公法学家学说都属于这种补助资料。

1. 国际组织或国际会议的决议

国际组织或国际会议决议,尤其是联合国大会及联合国召开的外交会议通过的有关国际法的决议,数量大,所涉内容广泛,具有十分突出的地位。我国学者通常认为国际组织或国际会议的决议可以分为以下三类:一是主要确认现有的国际法规范,例如1967年《领土庇护宣言》,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》等,这类决议所载明的国际法规范是有法律效力的,但这种法律效力不是来自有关决议,而是来自这些国际法规范的原有渊源;二是主要宣告即将形成的国际法规范,例如1963年《各国探索和利用外层空间活动的法律原则宣言》所宣告的原则是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》的主要规定;三是主要宣告正在形成过程中的国际法规范,向国际社会昭示国际法的发展趋势。例如1974年《各国经济权利和义务宪章》。

联合国大会以确认和发展国际法为目的的“决议”,可能使用“决议”的名称,也可能使用“宣言”、“决定”、“宪章”、“行动纲领”、“行动计划”、“建议”等名称。其中最常用的名称是“宣言”,最庄重的名称是“宪章”。

根据《联合国宪章》第13条,联合国大会在国际法编纂方面,只有讨论或建议的权利。尽管如此,国际组织或国际会议有关国际法的决议,特别是在联合国大会或联合国主持召开的外交会议上一致或以压倒多数通过的决议,反映为数众多的国家的意志,虽不具有法律拘束力,却具有重要的政治和法律意义,因此常被称为“软法”。

不过,国际组织决议也有例外的情况。例如,欧洲联盟有关机关通过的决议,对成员国是有拘束力的,有些是可以在所有成员国直接适用的。

2. 司法判例

司法判例包括国际司法判例和国内司法判例。国际司法判例既包括现有的国际司法机构或国际仲裁机构的判决或裁决,也包括已经解散或完成使命的国际司法机构或国际仲裁机构作出的判决或裁决。现有国际司法机关包括联合国国际法院、联合国行政法庭、国际海洋法法庭、前南和卢旺达刑事法庭、国际刑事法院等联合国系统的国际司法机关以及欧洲法院、欧洲人权法院、美洲人权法院等区域性国际司法机关。关贸总协定的争端解决机构,特别是世界贸易组织的争端解决机构的裁决报告,也具有准国际司法的性质。联合国系统的或全球性的国际司法机关,法官是世界各大文化和各主要法系的法律精英,区域性法院或国际仲裁法庭法官也都是权威的国际法专家。由这样的司法或仲裁机构在遵循严格的程序下作出的判决或裁决,在创造性地解释、适用和引申发展国际法方面,会产生十分重要的影响。

《国际法院规约》第38条规定,法院只能在《规约》第59条的限制之下作为确定法律规则的“补助资料”来适用。第59条的规定是:“法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。”国际法院判决对于后来发生的同类案件没有拘束力,这就意味着排除了英美法系的“依循判例”(stare decisis)原则和法院创设法律的功能。



国内法院判例表明各国的国际法观点,在许多国内法院判决表现出同样的国际法观点时同样可以作为确定国际法原则的补助资料。

3. 公法学家学说

国际法的奠基人格劳修斯的《战争与和平法》,作为权威著作,在当时各国的外交实践中发挥过重要作用。现在,国际条约不断增多,习惯法规范的地位下降,外交文件或司法判例引用国际法学家的学说来证明国际法规范的存在或说明其含义的情况,比从前减少了。但无论如何,权威国际法学家的著作作为证明国际法规范的“补助资料”,是能够在国际法渊源中发挥一定作用的。在外交或国际法律斗争中,各国都不会忽视权威法学家的著作。

二、国际法的编纂

国际法编纂包括编订现有国际法和国际法的逐渐发展在内,是产生“造法性条约”或国际公约的过程。按照联合国国际法委员会章程第15条的规定,狭义的“国际法的编纂”是指“在业已广泛存在国家惯例、判例和学说的领域更精确地制订和系统整理国际法规则”;“国际法逐渐发展”是指“就国际法尚未调整的或各国惯例尚未充分发展成法律的有关主题,拟订公约草案”。但是,现行国际法的编纂总是与国际法的逐渐发展分不开。国际法委员会一向是把国际法的“编纂”和“逐渐发展”合在一起进行的。

由于国际习惯规范有不确定或不明确之处,国际条约规范也会由于情况的改变而显得陈旧,国际社会的发展会提出各种各样的新的国际法问题,国际法需要编纂和逐渐发展。

联合国成立以来,除关于国际人道主义法的条约由瑞士联邦委员会发起外交会议进行编纂以外,全球性的国际法编纂都是在联合国及其专门机构主持下进行的。《联合国宪章》第13条第13款规定:大会应发动研究,并作成建议,以“提倡国际法之逐渐发展与编纂”。联合国大会下设的常设的专门的国际法编纂机构是国际法委员会。

联合国大会1947年通过了《联合国国际法委员会章程》,设立了国际法委员会。根据该委员会章程,委员会作为整体应代表世界各大文化体系和各主要法系,“各委员应为公认胜任的国际法界人士”,由各会员国政府提名,经联合国大会选举产生,任期5年(起初是3年),可连选连任。同国际法院法官一样,国际法委员会委员不是其国籍国政府的代表,而是以个人身份参加委员会的工作。随着联合国会员国数目的增加,委员会委员从1956年起初的15名,到1981年扩大到现有的34名。1982年以来,国际法委员会的中国籍委员先后有:倪征燠、黄嘉华、史久镛、贺其治,现任委员是薛捍勤。除国际法委员会以外,联合国的其他常设委员会或机构,例如,和平利用外层空间委员会、联合国国际贸易法委员会、联合国秘书处等,也都在相关领域进行编纂国际法的工作。

联合国专门机构也进行编纂国际法的活动。例如,国际民用航空组织主持编纂了《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》等有关民用航空的国际条约。

无论国际法委员会还是其他机构或会议的编纂活动,都只是拟订条文草案,为各国缔结国际公约做准备工作。无论是狭义还是广义的国际法编纂,都不是国际法文件的汇编,也不是像国内立法那样的国际立法,而各编纂机构拟订的公约草案都不具有法律拘束力。公约草案由联合国大会通过或外交会议通过,再经过各国签字和批准,达到生效条件,成为国际法渊源中的国际条约,关于某一项目的编纂工作才算彻底成功。如果各类条文草案没有提交联合国大会或专门召开的外交会议通过或者这类会议通过的条约文本未能生效,这类草案或文本应当属于《国际法院规约》第38条所称的“确定法律原则之补助资料”。

迄今为止的政府间的国际法编纂成果都是专题性的或部门法的编纂,称为个别法典化(indi-