

“十二五”国家重点图书出版规划项目



GUO 国

梁淑英

Ji 际

主编

FA 法

(第二版)



中国政法大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目
21世纪普通高等教育法学精品教材

国际法

(第二版)

◆ 主 编

梁淑英

◆ 撰稿人

(以撰写章节先后为序)

梁淑英 班文战 马呈元

刘 泽 凌 岩



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

国际法 / 梁淑英主编. —2版. —北京：中国政法大学出版社，2016. 8
ISBN 978-7-5620-6970-6

I. ①国… II. ①梁… III. ①国际法 IV. ①D99

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第198692号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	29.5
字 数	612 千字
版 次	2016 年 8 月第 2 版
印 次	2016 年 8 月第 1 次印刷
印 数	1 ~ 4000 册
定 价	59.00 元

作者简介

梁淑英 中国政法大学教授，1964年毕业于北京政法学院（现名中国政法大学），长期从事国际法的教学与研究。列名于全国人民代表大会法制工作委员会专家数据库，曾任北京市人民代表大会立法委员会顾问、北京国际法学会常务副会长和北京市法学会常务理事等。1987~1988年，应中美法学教育交流委员会邀请在密西西比大学作访问学者，研修人权法和外层空间法。1995年应联合国秘书长邀请参加联合国国际公法大会，还曾应邀赴英国、法国、韩国、泰国、日本和我国香港与台湾地区等地参加学术研讨和讲学。多次应全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会和国务院法制办及有关部门的邀请，参加我国涉外立法的咨询和研讨。主持和参加了国际和国内的重要科学研究项目，如主持联合国难民署关于难民等项目的项目研究，参加联合国机构间湄公河次区域反对贩运人口的项目活动、参加我国国家反对拐卖妇女儿童行动计划的研究和修改等。出版了多部专著和教科书，如《外国人在华待遇》《国际难民法》《国际法律问题研究》《国际公法》《国际法》《国际法案例教程》《公民权利和政治权利国际公约的批准与实施问题研究》等。在国内外重要刊物上发表了“中国保护难民的实践及其挑战和应对——以印支难民为例”“促进难民入籍的国际义务”“国际法视角下的琉球地位”“难民入出境的保护原则”“论用尽当地救济”“国际人道主义法及其违反之罪行的国际惩治”“非法移民的处理措施”“论条约在国内的适用”等数十篇学术论文。

班文战 中国政法大学教授，法学硕士，现任中国政法大学人权研究院副院长，人权法学专业硕士研究生导师，兼任中国人权研究会理事。主要研究方向为国际人权法、人权国内保障和人权教育。先后参加近20部国际人权法和国际法教材的编写，单独发表数十篇学术论文。代表作品为《国际人权法》（2004，副主编）、“国际人权法在我国人权法制建设中的地位和作用”

(2005)、《普遍人权文化的建立与中国人权教育的开展》(2009)、《人权立法分析报告》(2011)和《人权知识妇女权利读本》(2012,共同主编)。

马呈元 中国政法大学教授,法学博士,1993~1994年在美国华盛顿乔治城大学法律中心学习,2000年在英国诺丁汉大学法学院学习。长期从事国际法的教学和研究工作,先后担任《普通法的历史基础》(外国法律文库)、《国际法》(韩国柳炳华著,上、下册)和《国际人权法教程》(中欧合作项目)的翻译、译审和总译审,并进行过其他英文法学著作的翻译工作。代表著作为《国际犯罪与责任》《国际刑法论》《国际法》(主编)。

刘泽 北京大学在读法学博士,2008年获中央司法警官学院法学学士,2015年获北京大学法学硕士,2015年在中国国际法年刊上发表题为“国际环境法中的风险预防原则——一种功能性的认识”的论文。

凌岩 中国政法大学教授,法学硕士,博士生导师,中国国际法学会常务理事,国际空间法学会会员。1990~1991年荷兰莱顿大学航空与外空法研究所作访问学者,1992年获荷兰社会学研究所研究文凭。1998~2004年任联合国卢旺达国际刑事法庭法律官员。主要著作有:独著《卢旺达国际刑事法庭的理论与实践》《跨世纪的海牙审判》,主编了《匡扶正义 共享和平》《国际刑事法院罗马规约评释》《国际空间法新论》,合著《国际刑法学》《国际法》,并编了《特殊的法律课堂》等。在中外期刊上发表了数十篇论文。

出版说明

“十二五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面系统地反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性；它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既加强了法学教材的多样化发展，又加强了教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十二五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为法学教材的权威品牌。

中国政法大学出版社

第二版说明

国际法是教育部规划的法学专业学生之必修课程。目前,我国已有数百所普通高等院校设有法学专业。为便利和有助于广大师生的国际法教学与学习,受中国政法大学出版社之邀,我们于2011年编著了《国际法》教科书,至今已时越5年,其间不仅国际法和各国的国内法在发展,我们对国际法学的认识也在提高,故此,本着更新理念、补充内容、修正错误的宗旨,重新编著了此书。在编写中我们力争做到体例科学、概念准确、立论有据、内容充实全面、资料翔实新颖、密切联系实际,尤其是中国的实践。尽管如此,鉴于我们的水平有限,书中存有不足或错误,敬请读者见谅和赐教为盼。

另需特别感谢北京大学的宋英教授在本书修改中给予的支持和帮助。

本书共十三章,各章撰稿人或修订人按撰写章序列名如下:

梁淑英 第一、二、三、六、七、九、十、十三章;

班文战 第四章;

马呈元 第五、十二章(梁淑英修订);

刘 泽 第八章;

凌 岩 第十一章。

编 者

2016年5月31日

目 录

第一章 导 论	1
第一节 国际法的概念和性质	1
第二节 国际法的历史发展	7
第三节 国际法的渊源	11
第四节 国际法的主体	21
第五节 国际法的基本原则	25
第六节 国际法的编纂	35
第七节 国际法与国内法的关系	41
第二章 国际法上的国家	49
第一节 国家概述	49
第二节 国家、政府及其他实体的承认	65
第三节 国家的继承	73
第四节 国家责任	82
第三章 国际法上的个人	93
第一节 国 籍	93
第二节 外国人的法律地位	101
第三节 外交保护	112
第四节 引渡和庇护	118
第五节 难民的法律地位	126
第四章 国际人权法	135
第一节 国际人权法的概念、历史发展和渊源	135
第二节 国际人权法确认的人权	141
第三节 国际人权法确认的国家义务	145
第四节 人权的国际监督、保护和促进机制	148
第五节 中华人民共和国关于人权问题的基本立场与实践	153
第五章 国家领土	158
第一节 国家领土概述	158
第二节 国家领土的取得与变更方式	162

第三节	国家领土主权的限制	165
第四节	国家边界与边境	167
第五节	南极和北极地区	176
第六章	海洋法	181
第一节	海洋法的发展史	181
第二节	内 水	186
第三节	领海及毗连区	190
第四节	用于国际航行的海峡	198
第五节	群岛水域	201
第六节	专属经济区	203
第七节	大陆架	208
第八节	公 海	214
第九节	国际海底区域	222
第十节	海洋科学研究	225
第七章	航空法和外层空间法	228
第一节	航空法的历史发展和空气空间的法律地位	228
第二节	国际民用航空制度	232
第三节	惩治危害国际民用航空安全的非法行为	237
第四节	外层空间法的历史发展与外层空间的法律地位	242
第五节	外层空间活动的原则和制度	247
第八章	国际环境法	258
第一节	国际环境法概述	258
第二节	国际环境法的一般原则	270
第三节	大气、海洋和淡水的环境保护	279
第四节	生物多样性的保护和危险废物与有毒有害物质的管控	290
第五节	文化遗产的保护	296
第九章	外交和领事关系法	299
第一节	外交和领事关系法概述	299
第二节	使馆制度	303
第三节	外交特权与豁免	309
第四节	特别使团制度	316
第五节	联合国及其专门机构的特权与豁免	317
第六节	中华人民共和国关于外交特权与豁免的规定	320

第七节 领事制度	322
第八节 领事特权与豁免	325
第十章 条约法	330
第一节 条约和条约法概述	330
第二节 条约的缔结	337
第三节 条约的效力	347
第四节 条约的无效、终止和停止施行	354
第十一章 国际组织	361
第一节 概 述	361
第二节 国际组织法	365
第三节 联合国体系	372
第四节 区域性国际组织	392
第十二章 和平解决国际争端	396
第一节 概 述	396
第二节 国际争端的政治解决方法	399
第三节 国际争端的法律解决方法	403
第十三章 战争法	417
第一节 战争和战争法概述	417
第二节 战争的开始及其法律后果	423
第三节 战争法规	427
第四节 战时中立法	441
第五节 战争的结束及其法律后果	445
第六节 战争犯罪的惩治	447

第一章

导论

第一节 国际法的概念和性质

一、国际法的定义和特征

(一) 国际法的名称

国际法 (international law) 最初在西方文献中是用拉丁文 *jus gentium* 称谓的。*jus gentium* 原本是万民法的意思, 源于罗马法。^{〔1〕} 国际法形成的早期, 在没有专门术语表示的情况下, 一些欧洲的哲学家和法学家在他们的著述中就借用了 *jus gentium* 来表示国家间的法律。最有权威的荷兰法学家格劳秀斯 (Hugo Grotius, 1583 ~ 1645) 在他的被称为国际法形成与发展基础的经典著作——《战争与和平法》(1625 年发表) 中就使用这个术语称呼国家之间的法律。鉴于格劳秀斯的权威, *jus gentium* 成了当时被用来表示国家间法律的通用语, 以后被译成各种西语, 如英文的 *law of nations*, 法文的 *droit des gens*, 德文的 *völkerrecht*, 意文的 *diritto delle genti* 等。

到了 18 世纪末, 英国的哲学家和法学家边沁 (Bentham) 提出将英文的 *law of nations* 改用 *international law*, 并在他 1789 年发表的《道德及立法原理绪论》一书中开始使用。这一改变得到了广泛的支持, 使 *international law* 成了通用的国际法之称谓, 这种称谓更贴切地表示了国家之间的法律。由于国际法是调整国家间公的关系, 因而也称国际公法 (*public international law*), 以别于国际私法 (*private international law*)。

国际法一语传入中国并被使用, 是与国际法的著作被翻译成中文分不开的。最先把国际法著作系统地译成中文的是美国传教士丁韪良 (Martin), 他于 1864 年把惠顿 (Wheaton) 所著的《*Elements of International Law*》译成《万国公法》, 后来他又与中国学者合作把吴尔玺 (Woolsey) 著的《*Introduction to the Study of International Law*》译成《公法便览》, 把布伦智利 (Bluntshili) 著的《*Das Moderne Völkerrecht*》译成《公法会通》。英人俞世爵等将菲尔利摩尔 (Phillimore) 著的《*Commentaries upon International Law*》译为《国际法评论》。另外, 自清光绪中期开始, 我国学者逐渐将

〔1〕 古代罗马法有市民法 (*jus civile*) 和万民法 (*jus gentium*) 之分, 前者是调整罗马市民之间关系的, 后者是调整罗马市民与外国人之间及外国人间关系的。万民法属私法性质, 不是国际法。

日文的国际法著作译成中文,从而使日文使用的国际法称谓传到中国,因此,国际法一词成了中文使用的名称。

(二) 国际法的定义

国际法虽然早已形成了独立的法律体系,具有数百年的发展史,但并没有法律的定义。因此,本书所说的国际法定义,只是各国研究国际法的专家在他们的著述中对国际法所作的描述。由于传统国际法的主体单一,只有国家,所以当时的学者们一般认为国际法是规定国家间行为规则的法。其中有代表性的如英国的劳伦斯(Lawrence)称:“国际法可以被认为是确定全体文明国家在其相互关系上的行为规则。”^{〔1〕}1927年常设国际法院在其对“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。”^{〔2〕}后来学者们根据国际关系的新变化和国际法主体及调整对象的新增加,对国际法的定义也给予了重新考虑。例如,被称之为经典国际法教本的《奥本海国际法》称:“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关系,但是,国家不是国际法的唯一主体。国际组织,以及在某种范围内的个人,可以是国际法所给予权利和设定义务的主体。”^{〔3〕}王铁崖教授认为:“国际法,简言之,是国家间的法律,或者说,主要是国家之间的法律,是以国家之间的关系为对象的法律。”^{〔4〕}

权威的专家、学者给国际法下的定义从不同的角度揭示了国际法的法律性质和它的本质特征,使我们认识到国际法主要是国家之间的法律,它是为满足以国家为成员的国际社会需要而产生的,主要调整国家之间的法律关系,确立国家间权利和义务的法律原则和规则。

(三) 国际法的特征

国际社会的主要成员是国家,而国家在国际社会中都是独立的和平等的,在国家之上没有支配它们的权力,也不存在世界政府。因此,在成员地位独立和平等的国际社会产生的国际法原则和规则,在主体、调整的对象、形成的方式和执行等方面与各国国内社会所建立的法律相比有显著的不同特征。

1. 国际法的主体主要是国家,调整的对象主要是国家间的法律关系。国际法的主体是国际社会的成员,是国际法律关系的参加者。传统国际法的主体只是国家,虽然现代国际法增加了新的主体,例如,政府间的国际组织和争取独立的民族解放组织,但国家依然是国际法律关系的主要参加者,国际法也主要调整国家间的法律

〔1〕 T. J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 6th edition, Boston: D. C. Weath & Co., 1910, p. 1.

〔2〕 参见陈致中编著:《国际法案例》,法律出版社1998年版,第41页。

〔3〕 参见〔英〕詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第1分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第3页。

〔4〕 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第1页。

关系。而各国国内法的主体是国家及其权力管辖下的自然人和法人及其他非法人实体。调整的对象也是这些主体之间的法律关系。

2. 国际法的创立方式是国家的协议。因为国际社会的成员主要是国家,而国家是独立的、平等的,相互没有从属关系,在它们之上没有权力或世界政府可对它们发号施令。所以,它们之间的交往所遵守的法律只能由它们共同制定。国家在国际交往中通过协议制定国际法的原则和规则。无论是条约国际法还是习惯国际法的产生都是国家间协议的结果,国家既可通过条约程序制定它们共同遵守的国际法原则和规则,以确定或改变它们之间的权利和义务关系,也可以通过实践创立习惯国际法的原则和规则,规范它们之间的权利和义务。国际法的这种创立方式与各国国内法的建立是不同的。因为国内社会的权力集中于国家,所以国内法由各国的立法机关制定。

3. 国际法的强制执行依靠国家采取单独或集体措施。毋庸置疑,国际法是有拘束力的,它不同于国际道德和国际礼让。国际礼让(international courtesy)和国际道德(international morality)对国家或其他国际法主体没有法律拘束力,更无强制执行的效力。而国际法则不然,它是法,具有强制执行的效力。但国际法的强制执行只能依靠国家采取单独或集体强制措施,因为在国家之上没有权威或世界性的强制机构来强制国家执行国际法。这与国内法的强制执行是不同的,国内法的强制执行是由国家机关实施的。

二、国际法的效力根据

国际法的效力根据(basis of international law)是指国际法具有法律拘束力或法律效力的依据。这是一个重要的国际法的理论问题,向来得到国际法学界的重视,学者们对它进行了长期深入研究,并提出了不同的解说,不仅形成了传统的学派,而且现代国际法学者也提出了一些新的见解。

(一) 传统国际法学派

在传统国际法的理论研究对国际法效力根据提出了三种学说,形成三大学派,即格劳秀斯派、自然法学派和实在法学派。

1. 格劳秀斯派。格劳秀斯派(Grotians)是国际法的创始人格劳秀斯创立的。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。国际法大部分之所以对国家有拘束力,因其为自然法,是基于理性,^[1]而其他部分具有拘束力,则因其依据各国公认。也就是说,国际法的效力根据有两种:它的首要根据是理性,次要根据是一般的同意。^[2]由此,将国际法分成两部分:自然法和制定法。前者是主要的

[1] 格劳秀斯说:“自然法的母亲是人类本性”,还说“自然法是不能改变的,就连上帝也不能改变……上帝无法使2加2不等于4”。参见邵津主编:《国际法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第18页。

[2] 参见周鲠生:《国际法》(上册),商务印书馆1976年版,第22页。

部分，其渊源是人类的理性，后者是次要的部分，是各国合意的结果。

因为格劳秀斯享有国际法创始人的盛名，所以他的学说在 17、18 世纪为多数学者接受，如德国的沃尔夫（Wolff）和瑞士的法泰尔（Vattel）等都是他的积极支持者。格劳秀斯关于国际法效力根据的学说在某种程度上导致了其后的西方国际法学说分裂为两个互相对立的派别：自然法学派和实在法学派。

2. 自然法学派。在 17、18 世纪对国际法效力根据的研究中，一些学者给予自然法的地位比格劳秀斯给予的更高，形成了自然法学派（naturalists）。自然法学派认为，在国际法的规则中根本没有实在法，不论是习惯或条约规则。而国际法是自然法的一部分，或者说是自然法对国际关系的适用。所以自然法（即自然理念，如人类的理性、良知或法律意识）是国际法效力的唯一根据。

自然法学派在 17、18 世纪对国际法效力根据的理论曾有重要影响，与当时的实在法学派相比占有优势地位。其代表人是德国的普芬道夫（Pufendorf），在其所著的《自然法与万民法》（1672 年发表）一书中就完全否认实在国际法的存在，认为国际法只包含于自然法，不承认条约和习惯是国际法的渊源。这个学派的主张在 19 世纪走向衰落。

3. 实在法学派。实在法学派（positivists）对国际法的效力根据提出了与自然法学派相对立的主张，认为国际法不是自然法，它的效力根据也不是什么抽象的“人类理性”，国际法是实际存在的法律原则和规则，这些原则和规则不是可以用推理的程序发现的。相反，应当依归纳的方法从国际交往史上推求它们。因为这样的规则之所以有拘束力，是因为国家承认了它们，表现了国家的同意和意志，这种同意表现为习惯和条约。实在法学派早在 17、18 世纪就已存在，如当时的代表人物荷兰的宾刻舒克（Bynkershoek）就认为，国际法的根据是表明于国际习惯或条约中的各国的同意。

实在法学派的主张与自然法学派相比，在 17、18 世纪得到的支持虽不占优势，但到了 19 世纪，随着国家的逐渐增多和国际交往的日趋频繁，国际交往的实证材料与日俱增，以习惯和条约为主的实际国际法规则不断发展，为实在法学派提供了更充分的实证，加之欧洲各国资本主义制度的建立，为这派主张的发展创造了良好的社会条件和政治条件。一些学者的著述也更充实了这派的主张，如德国的马顿斯（Martens）所著的《马顿斯条约汇编》就是自 1761 年以来各种国际条约之大成，他的《欧洲国际法先例详论》等都为实在法学的发展作出了不朽的贡献。^{〔1〕}这个学派很快就在西方国际法学界占据了压倒他说的地位，并且这个优势一直持续到 20 世纪初期。在第一次世界大战之前，西方著名国际法学家的学说大都属实在法学派。如人们熟知的英国学者奥本海（Oppenheim）、德国学者李斯特（Liszt）都在他们的教

〔1〕 参见日本国际法学会编：《国际法辞典》（中译本），世界知识出版社 1985 年版，第 37 页。

本中申明了实在法学派的主张。^{〔1〕}

（二）现代国际法学派

第一次世界大战后，由于国际关系的转变和国际法的发展，国际法学界对国际法效力根据问题进行了新的探讨，对传统的研究给予了重新审视，提出了一些新的主张，出现了新的自然法学派和实在法学派。

1. 新自然法学派。新的自然法学派提出了社会连带学说和规范法学说。

（1）社会连带学说。社会连带说（doctrine of social solidarites）的理论基础是社会连带关系说，其创始人是法国的狄骥（Duguit）。他认为，人们生活在社会中就会产生连带关系，因此就有共同的需求，必须通过这种关系相互合作。基于存在于人类社会的连带关系而产生的旨在实现或促进这种关系的法律规范，即客观法。它与人类社会同时存在，全然不以国家观念为转移。国家职能在于实现客观法，因而国家制定的法律就被称为实在法。^{〔2〕}狄骥把这种理论也用于解释国际法，认为国家之间也像国内社会一样，存在着连带关系，彼此也会形成社会感觉和公平感觉，并扩大为社会际的感觉。这样便产生了国际法—社会际的法律规范。对这样的规范人们只能感觉它，承认它。因此，国际社会的连带关系成了国际法的根据。这种社会连带说被著名的国际法学家波利蒂斯（Politis）所阐扬。他在其著的《国际法的新趋向》一书中声称，法律既不是出自什么命令，也不是什么意志的表现，它是纯然的一种社会产物，为社会成员所感觉的一种纯粹事实，有的社会统治者只是把它制成法律或条约的形式。在这个观念上，国际法只有单一的根源，即各民族的法律良知，它给予他们的连带关系所产生的经济道德的规则以约束性。惯例和条约已不是如一向所相信的这个法律的根源，而只是确认它的两种方式，并且它们也不是仅有的方式；除开习惯和条约，国际法的存在可以依其他方法证明。^{〔3〕}继波利蒂斯之后，这种理论的追随者还有美国的庞德（Pound）、塞尔（Scelle）等，因而形成了社会连带学派。

（2）规范法学说。规范法学说（normativist school）的代表人物有美籍奥地利学者凯尔森（Kelsen）和奥地利的菲德罗斯（Alfred Verdross）。这个学派的基本观点是否定国家意志创造法律的主张，而认为一切法律规则的效力都出于上一级的法律。全部法律归于一个体系，在最上级为国际法，国际法之下有众多并立的国内法，每个国内法中又分为不同的等级，上层为宪法，其下为普通法，再下为行政命令、规则等。按这样的排列，国内法的效力根据源于国际法。国际法的根据是取决于一个国际法中的“最高规范”或“原始规范”（norme originaire），而这个最高规范既是法

〔1〕 See Oppenheim, *International Law*, Liszt, Lehrbuch des Völkerrechts.

〔2〕 参见沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社1983年版，第40页。

〔3〕 参见Politis, *The New Aspects of International Law*, 1928, pp. 14 ~ 16, 转引自周鲠生：《国际法》，商务印书馆1976年版，第28页。

律规范, 又是伦理规范, 是人类的“正义感”或“法律良知”(sentiment de justice, conscience juridique)。^[1]

从社会连带法学派和规范法学派对国际法效力根据的解释, 不难看出它们都将国际法终归于人类的理性、良知等自然法中, 因此有人说在 19 世纪已消沉的自然法学派到 20 世纪又有复兴的趋向, 并将这两个派别称为新自然法学派。

2. 新实在法学派。由于第二次世界大战后国际关系格局的变化多端, 西方法学界, 特别是美国兴起了从权力和政治角度研究国际法的动向, 他们对国际法的根据提出了权力政治说和政策定向说, 被称为新的实在法学派。

(1) 权力政治说。权力政治说(theory of power politics)认为国际政治支配着国际法, 而国际政治的核心是国家权力。因此, 国际法的效力根据应从国际政治中去找。国际政治中, 势力的均衡即国家权力的均衡是国际法存在的基础和国际法有效的根据。这种理论的代表人物美国的施瓦曾伯格(Schwarzenberger)称: “国际法就是权力法, 可以作为强权政治的工具。”^[2]

(2) 政策定向说。政策定向说(policy-orient theory)的基本观点是把法律视为包括规则在内的权威政策的抉择过程, 是对权威的期望。国际法是国家对外政策的表现, 它的效力取决于国家对外政策, 政策的实施要靠有效控制。因而在国际关系中控制实力强的国家的外交政策处于支配地位, 所以这样的国家的外交政策在国际法的效力上起主要作用。这种学说的重要代表人物是美国的麦克杜格尔(McDougal)。^[3]

我们认为, 对国际法的效力根据进行探讨, 不能脱离以下基本事实: 国际法是法, 并且主要是国家之间的法, 是实际存在的法律原则和规则, 而不是理性、良知或政策。这个法律体系是在国家交往过程中形成和发展的, 它的参加制定者是国家。在这个基础上认识国际法的效力根据会更实际。因为国际法是国家间的法, 且为国家参加制定的, 反映了各国的意志和利益。国家参加制定国际法的过程不可能只坚持自己的立场, 要求国际社会成员都服从它, 而必须对别国的主张有所妥协或让步, 以达到各国意志和利益的协调。国家意志和利益协调之结果是达成协议, 产生条约国际法和习惯国际法, 一般法律原则也是文明各国所承认者而具有国际法效力。各国协议产生的国际法表现了国家的同意或国家的承诺, 因而对国家具有拘束力, 国家有义务遵守。对破坏或违反国际法者, 受害者或国际社会有权采取强制措施。因此, 可以说各国的意志之间的协议是国际法的效力根据。

[1] 参见周鲠生:《国际法》, 商务印书馆 1976 年版, 第 25~26 页。

[2] 参见程晓霞主编:《国际法的理论问题》, 天津教育出版社 1989 年版, 第 27 页。

[3] See McDougal, in *Recueil des cours*, vol. 82, 1953, pp. 137~142.

第二节 国际法的历史发展

一、国际法的萌芽时期

国际法是国际交往和国际关系发展的产物，有了国际交往，产生了各种国际关系，必然会产生与之相适应的国际法原则和规则。国际法在国际关系上成为现实的势力，形成一个包罗丰富的法律体系，虽然被认为是近代欧洲文明的产物，但也不可忽视近代国际法形成之前，古代和中世纪存在的一些国际交往规则对国际法的形成与发展的重要作用，及其对人们了解和研究现代国际法中各种制度的历史起源的重要意义。因此，在研究近代和现代国际法的发展史前，有必要探讨一下古代和中世纪存在的国际法的历史萌芽或雏形。

近代社会前的古代和中世纪时期，由于国家处于相距甚远的世界各地，交往不具全球性，只局限于区域性的往来，并且彼此征战连绵不断，故只有些分散的萌芽规则，比如一些有关战争、结盟、订约、使节制度等，它们主要集中在古代中国、埃及、希腊、罗马和印度等地。例如，在古代中国春秋时代出现的结盟、订约、解决纠纷以及照顾死伤、释放虏囚等规则。古代埃及很早就有订立条约的记载，如公元前1291年埃及法老拉姆捷斯（Ramerjes）二世与赫梯国王订立的同盟条约，规定它们之间的合作与同盟关系，并涉及引渡等问题。另据埃及阿马纳地区文字解释，公元前14世纪就存在类似现代的使节制度，使节享有人身不可侵犯的特权。古希腊的城邦之间在密切往来中形成了较为发达的使节和战争制度，为了缔约和其他往来而互派临时的和常驻的使节，使节享有不可侵犯权和许多荣誉。在战争方面形成了有关战争合法与非法、宣战、休战、中立等规则。此外还存在缔约、联盟及公断解决纠纷的规则等。古罗马的国际规则更为发达，像对使节的接见和谈判都有了更具体的规定，使节的不可侵犯权得到了无条件承认。在战争程序上也有增多，包括最后通牒、宣战仪式、军事占领、征服和投降、休战、媾和等。在罗马帝国时期还逐渐发展了对外关系和对待外籍人的制度。在古印度不仅存在战争中人道主义、通牒、宣战、战争结果等规则，还出现了外交代表制度等。

在中世纪，除古代形成的一些国际法规则的雏形继续发挥一定的作用外，还出现了一些新的制度。不过，在中世纪的前期，由于神圣罗马帝国几乎吞并了当时的文明世界，形成了罗马皇帝和教皇精神一统天下的局面，欧洲陷入黑暗时代，国际法几乎没有存在和发展的条件，进入了停止不前的境况。但到了中世纪后期，由于商业的发展、国际航海和国际贸易的增长，产生了一些海洋制度、海外领土取得的法律依据和领事制度。使馆制度（即常驻使团制度）也于15世纪开始产生，它对以后外交关系法的形成具有重要意义。