

江苏省教育厅课题

现行的 困惑与挑战探析

叶美霞 曾培芳 著

知识产权出版社

江苏省教育厅课题

现行国际法的困惑 与挑战探析

Xianxing Guojifa de Kunhuo
yu TiaoZhan Tanxi

叶美霞 曾培芳 著

知识产权出版社

内容提要:

本书以 20 世纪 90 年代以来的国际关系新实践为背景,从国际关系与国际法律的视角,在理论和实践的結合上透视、剖析了现行国际法运行的缺陷与不足。本书既为完善现行国际法及运行进行了可贵的探索,以尽一点微薄之力,又为我国高等教育中有关国际关系、国际法的教研以及相关的法律从业人员提供有价值的帮助与参考。

责任编辑:马 岳

装帧设计:臧 磊

图书在版编目(CIP)数据

现行国际法的困惑与挑战探析/叶美霞,曾培芳著. —北京:知识产权出版社,2007.12

ISBN 978-7-80247-005-7

I. 现... II. ①叶... ②曾... III. 国际法—研究
IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 200636 号

现行国际法的困惑与挑战探析

叶美霞 曾培芳 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址:<http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

印 刷:北京市兴怀印刷厂

责编电话:010-82000860 转 8325

开 本:880mm × 1230mm

版 次:2008 年 2 月第一版

字 数:250 千字

ISBN 978-7-80247-005-7/D · 498(2035)

邮 编:100088

邮 箱:zscq-bjb@126.com

传 真:010-82000890

经 销:新华书店及相关销售网点

责编邮箱:mayue@cnipr.com

印 张:7

印 次:2008 年 2 月第一次印刷

定 价:20.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

自 20 世纪八九十年代以来，由于苏联解体、东欧剧变宣告两极格局终结，又由于科技革命与全球化浪潮的冲击与促进，再由于世纪之交、万象纷呈的表象时态的使然，在这三大原由的共同作用下，国际社会发生了一系列令人震惊的变化，国际关系的新实践以从未有过的活跃与丰富，对现行国际法的理论与实践提出了一个又一个的崭新课题和挑战，使国际社会与国际法的发展面临着更多的困境与机遇，这无疑已引起了各国政治界、经济界、法律界与国际关系学界的专家、学者乃至政治家与领导人的格外关注，中国也不例外。《现行国际法的困惑与挑战探析》一书，正是以上述的三大因缘为背景，从当今国际关系与国际法所面临的新的挑战的视角，有针对性地对当今国际法律原则、规则、制度的运行缺陷与困惑，探索性地进行深层次的理论分析与思考，亦试图面对困境作出我们较迅速、准确而有效的回应，且为我国各级决策者们提供相关的理论参考。

我们面临的国际社会，虽然是一个没有设立统一的中央政府的社会，但这决不等于国际社会是一个盛行无政府主义的社会。这一切无疑都昭示着，国际社会的正常运转、国际关系的正常交往，都应依赖着国际法的规则、原则、准则和制度等方面的调节

与处理。现行国际法运行的好坏，法律、法规、法条是否有缺陷、不足或不完善，都直接关系到国际社会环境的安定与和谐，或者动乱与恶化，进而关系到各国的安全与发展。故而，对现行国际法的熟悉与理解，其运行的正常与失常，也都直接关系到各国外交的效能与国际社会的发展状况，因为国际交往，首先是规则的交往，依法解决国际社会各个行为主体之间的纠纷与分歧，是最一般的原则。这些对于“两极”解构后的、充满许多变数的国际社会的今后发展，更是具有非同寻常的意义。本书着眼于 20 世纪 90 年代以来的国际社会与国际关系的许多新的司法实践来进行新的法律思考与研究，也无疑有利于推动该学术领域里的新理论与新实践的发展。

《现行国际法的困惑与挑战探析》一书，共分八章进行论述。其主要内容紧紧围绕着国际法的性质与效力作用；国际恐怖主义对现行国际法的挑战；全球化与国家主权及其对国际法的影响；海洋法、航空法、环境法、战争法的运行面临的新难题与新挑战；以及极地问题所引发的国际法律层面的新思考等八大问题逐一展开。在写作的过程中，作者既注意追踪该学科领域内的新学术动态，又注意吸取学术前沿的优秀成果，以形成全书视野开阔、案例新鲜、重点突出、观点鲜明、逻辑严密、资料翔实、时代感浓郁的特点。

《现行国际法的困惑与挑战探析》一书的写作，对我们而言，本身就是一个挑战，最终使本书如期完成，应衷心感谢各方面的支持、关心和帮助我们的人，如我们的同仁陈槽教授（博士）、吴广海老师（在读博士）、幸炜老师、车莹老师以及我们的博士研究生（在读）张永远、李羊城等人，感谢他们为本书查找资料，进行校对、研究等工作付出的艰辛劳动。还要感谢我校人文学院官载春院长、动力学院副教授易文俊博士对本书的支持与帮助。感

谢北京人文联合出版服务中心王雅飞女士自始至终对本书的关注、帮助与支持。

《现行国际法的困惑与挑战探析》是我们申请立项的江苏省教育厅的课题，在此也特别感谢省教育厅对我们的支持。本书的出版，也是该课题的一个成果。

本书虽经我们的努力业已完成，但由于时间仓促，学识水平有限，国际法所涉及的某些问题本书还未来得及探讨成文。尤其是本书涉及大量新问题、新资料和新案例，使得谬误与缺憾在所难免，敬请专家、同仁指正。

叶美霞 曾培芳

2007年10月于南京理工大学竹园

目 录

第一章 现行国际法之惑——国际法的法律性与法律效力的不对称性	1
一、国际法的概念与性质	1
二、国际法的法律性与法律效力的纷争与主张	2
三、现行国际法发展的困惑——法律性与效力的不对称性 ...	6
第二章 现代国际恐怖主义对现行国际法的挑战	13
一、国际恐怖主义的含义与缘起、由来、发展与特征	13
二、现代国际恐怖主义产生之原因及其根源分析	21
三、现代国际恐怖主义对现行国际法的挑战与应对挑战的若干思考	23
第三章 全球化与主权国家对国际法的影响	29
一、近代主权国家理念的确定	29
二、现代国家主权理论	33
三、全球化对国家主权的冲击	42
四、全球化与国家主权的关系	52
五、全球化对国家主权理论、实践以及对国际法的挑战	

与影响	55
六、评点、思考与结论	62
第四章 海洋法国际争端及其解决	66
一、大陆架划界的法律探析——以中日东海油气争端 为例	66
二、从专属经济区上空飞行自由的法律视角看中美撞机 事件	78
三、从银河号事件看公海航行自由权	88
四、领海基线确立的法理分析：英挪渔业案	94
第五章 国际航空法的困惑探析	100
一、国际航空与航空法的演变与发展	100
二、空气空间的法律地位	104
三、国际航空法的主要公约、内容、渊源与特点	107
四、现行国际民航法的尴尬、困惑分析	114
第六章 现代国际法中的极地问题	128
一、极地问题的由来	128
二、关于南极领土的主权纷争与《南极条约》体系	132
三、对北极主权问题的国际纷争与相应的国际立法思路 探索	143
四、中国与极地	154
第七章 国际环境污染、跨国污染对现行 国际环境法的挑战	159
一、环境、国际环境法概述	159



二、国际环境法的基本原则	164
三、国际大气环境的保护	167
四、自然资源的国际保护	171
五、跨国污染对现行国际环境法的挑战与应对挑战的 思考	174
第八章 国际战争与武装冲突法的新诠释	181
一、国际法上的战争和战争与武装冲突法	181
二、战争与武装冲突法的主要内容	183
三、国际人道主义法	195
四、战时中立制度	198
五、制裁和惩办侵略及战争犯罪	200
六、当代高科技的局部战争对国际战争法的新诠释	201
参考文献	212

第一章 现行国际法之惑—— 国际法的法律性与法律效力的不对称性

一、国际法的概念与性质

国际法 (International Law) 又称国际公法 (Public International Law)。前者“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”的。^① 后者则主要用来区别“国际私法” (Private International Law)。国际私法主要解决的是涉外因素的民事法律关系的不同国家不同法律规定的冲突。国际法 (即国际公法) 主要调整的是以国际关系为中心的国家间政治、经济、文化、军事等形成的具有拘束力的原则、规则和制度的总体。“或者说, 主要是国家之间的法律, 是以国家关系为对象的法律。”^② 可见国际法既是国际社会与诸国关系上通用的一个名词, 又是法律学上的一个特殊的法律部门。

① [美] 詹宁斯·瓦茨修订, 王铁崖校订:《奥本海国际法》, 第一卷第一分册, 中国大百科全书出版社 1995 年版, 第 3 页。

② 王铁崖主编:《国际法》, 法律出版社 1995 年版, 1997 年第 3 次印刷, 第 1 页。

国际法既然是法律的一个部门，那么它与一般法律的共性直接表现在都是以一定的社会关系作为其调整对象的。例如，国内法一般都以其国家内的社会基础——一定的社会关系为调整对象，而国际法则以其赖以形成与发展的社会基础——一定国际社会关系为其调整对象。同时又必须看到，国际法又是不同于国际私法、国内法的一个特殊的法律体系，具有其独特的法律性质与法律特征。

第一，国际法的主体主要是国家。但在国家之外还有类似国家的政治实体和国家组成的政治实体。

第二，国际法的制订者是国家。国家通过协议来制定相关的原则、规则和制度，国际法是国际社会各成员国所公认的。没有超越国家的国际立法。

第三，国际法的强制实施，具有自助性。不存在有组织的超越国家之上的强制机关，尽管有国际法院和其他国际裁判或仲裁法庭，但它们都无强制管辖权。

第四，国际法的效力及于整个的国际社会，也即它是“国际社会的法”，是国家相互关系上的行为规范。

二、国际法的法律性与法律效力的纷争与主张

国际法是真正的法吗？这一论题充斥在国际法的产生、演变与发展的整个过程。也就是说在国际法发展的历史长河中，国际法一直都需要证明其合法性与真实性，其法学名称“一直受到没有支配主权国家之法律假设和定义的挑战。怀疑论者声称，由于没有立法机关立法，没有国际行政机关执行，也没有有效的国际司法机关去发展它或依照国际法去解决争端，所以，根本不可能

有国际法。”^① 因为“国际法常常被忽视，国家是为了实现其意愿和利益时才遵守国际法，所以，国际法一直被认为不是真正的法。”^②

①国际法不是法，而是国际道德。持此种观点的代表人物，如英国的奥斯汀（Austin）。他们不承认国际法是真正的法律，而认为国际法只是一种“实在的国际道德”。奥斯汀主张：主权政治权威所制定和执行的人类行为规则的总体，才是法律，因此，国际法只能称为国际道德。奥斯汀显然把国内法的概念硬套到国际法上来了，同时又把法律法规和道德规范两种不同性质的规范混淆了。众所周知，违反国际法将引起或追究一定的法律后果或法律责任；而违反国际道德，只是构成不友好的行为。奥斯汀为代表的这种否认国际法的法律性的观点和主张，早已被法学理论界及国际事实所否认。这些正如菲德罗斯（Alfred Verdross）所言，国际法与国际道德“这两个规范领域是支配世界的道德律（广义的道德）的两个分支，然而它们是有区别的，其区别在于道德包括那些把人作为道德的人格者而拘束他们的规范，而法律把人作为社会的生物而规定他们的行为（正义是对他人的关系）”。^③ 当然，国际道德在国家关系长期反复实践的基础上，也可以有转变为国际法的可能性。

②国际法不是法，而是国际礼让（Comitas Gentium）国际社会还有人（如有些西方的国际法学家）把国际礼让规则与国际法规则混为一谈。国际礼让是国家交往中的礼貌、便利和善意的规

① 周忠海等著：《国际法学述评》，法律出版社2001年版，第1页。

② International Law, (Cases and Materials)” Second edition, by Louislfeukin, Richard C. Pogh, Oscar Schachter and Smith, Chapter, 第1页。

③ [奥] 菲德罗斯：《国际法》，商务印书馆1981年版，第40页。

则。国际礼让类国际规则，对国家没有法律的拘束力。国际礼让通常指国家为了相互交往的便利和互尊友好的考虑，一般在相互给予的基础上所遵行的规则，如果偶有违反或漠视，一般不构成国家的违法行为，当然也不产生国际责任问题。国际法律就不同了，它对国家具有法律的拘束力，违反国际法律，就要承担法律后果，就要追究法律责任。另外需要指出的是，国际礼让的规则，通过国家间的长期的反复实践或国际协定也可以成为国际法的一部分。

③国际法虽有法律约束力，但是它不具有一定的制裁力（除受害国的“自助”外）。比起国内法的“刚性法”而言，它实在是一种“弱法”。持该观点的人，无论中、西方大有人在。主张这种观点的人首先认为国际法是法，是法律的一个部门，但是有缺陷的法，它是法律中较弱的法律部门。理由是国际法缺少一个执行机构，一直以来的国际法的执行责任全部落到国家的自助上，包括使用武力，根据习惯规则、道义规则或者法律规定的方式维护自己的权利。笔者认为，这种观点有一定道理，但也有欠妥之处。国际法作为一种特殊部门的法，在法律的拘束力、法律的制裁力方面有缺陷，甚至于有很严重的缺陷，这是一个事实。但是从法理的视角看，除任意法外的一切法律都具有强制性，无论是国内法还是国际法，也不论是国际私法或其他什么法，法律必须遵守、执行，这是由法律的性质所决定的，否则它就不是法，而是道德了。在国际法中的许多公约、规则（甚至于惯例）等方面，都有着许多具体的制裁规定。当然这些规定其本身是否全面，执行是否确定，要大打折扣，特别对那些大国的强权政治，国际社会的霸权主义者们任意践踏国际法，公然破坏国际法律的违法行径，国际法能制裁得了吗？无数事实表明，国际社会中的反霸、反殖、反强权的斗争，归根到底是依靠自卫和世界人民的和平、

正义力量。

还有一种主张认为，国际法院是国际法律秩序的中心，国际法的强制性应最大限度地发挥国际司法的功能。如英国著名的国际法学家劳特派特（Sir Hersch Lauterpacht）认为，在国内社会，“条约必须遵守”的规则是一种由法律秩序加以制裁的法律规则；而在国际社会，它构成最高的和最终的准则。他指出：“法在社会中的真正实施是一个抽象的法律规则逐渐具体化的过程。作为最根本和最抽象的法律规则，它始于国家的宪法，终于由法院的判决或行政机关的裁决与决定或相关方的协议而具体形成的个别法律关系。”因此，“司法活动实质上是法律规则具体化过程中最后的环节……它是必然抽象的法律规则与必然具有个性的特殊案件之间的桥梁。在某种意义上，每个案件都是表面上无判例的案件，因为每个案件都是独特的，每项规则都是抽象的”。^①劳特派特还主张，禁止宣称“法律不明”（Legal Unknown），争端一旦提交到法院就是可裁判的，必须依法做出裁决。劳特派特在现代国际法学界虽具有十分重要的影响，在国际法学史上也有重要的地位，但他主张的理论观点还是存在缺陷的。尽管国际司法在国际法上发挥着很大作用，并将仍继续发挥着作用，但在强国、西方大国的强权、霸权面前的表现，每每显得那么的苍白、无力，更何况这一主张还湮没了法律关系的任何区别。在这一主张中构成了一种明显的紧张关系：“一方面，法律存在于由当事方彼此间所确定的法律关系中；另一方面，法律是由单独存在于当事方意志中的命令所组成。”^②在这一矛盾以及紧张关系的现实面前，国际司法

① H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, 1993, P. 255 ~ 256, P102

② 杨泽伟著：《国际法析论》，中国人民大学出版社2003年版，第225页。

能圆满解决国际法的强制力问题吗?

另外应特别指出的是法律本身的强制性即体现法律内在的属性,与法律的强制执行即保证实施法律的外力强制措施不是同一个问题。国际法的强制力虽与国内法不同,但它还是有强制力的,因为国际法的效力就是其强制力的保证。

④国际法是一个特殊的法律体系,它有自己特定的含义与特征。其代表人物为中国著名的国际法学家王铁崖先生等。笔者认同这一观点。国际法的性质与效力及效力依据的主张虽众说纷纭,核心问题要认清:国际法主要是国家之间的法律,是在国际关系中发生,并随着国际关系的发展而发展的法律。国家既是国际法的制定者,又是国际法约束的对象,国家间的协议,“共同意志”无疑构成了国际法效力的依据。

三、现行国际法发展的困惑—— 法律性与效力的不对称性

1. 第二次世界大战后,国际关系的新情况与新发展

国际法的发展迄今为止已有 300 多年的历史,虽然在漫长的历史长河中,国际法在不断地演进、发展着,尤其是第二次世界大战结束后,国际关系发生了巨大变化:

第一,战后新独立的国家兴起,改变了国际社会原有力量的对比,促进了世界格局的演变,它们也成了促进国际法发展、变化的生力军。

第二,国际组织的迅猛发展,无论是政府间的国际组织还是非政府间的国际组织的增加、发展,都使得国际法主体成分发生变化,主体多元,纷繁而生动是其特征所在。

第三，国际关系有了很大变化。国家要发展，民族要独立，人民要和平，世界要安全，国际社会要前进，各方面的因素，使国际关系空前活跃。

第四，科学技术的发展。

第五，经济全球化的影响。国际关系的发展是国际法发展演进的母体所在，国际法是国际关系发展到一定阶段的产物。国际法是随着国家的产生和国家关系的发展而逐步形成、发展的。在这个意义上说“无国则无法”，只要有了国家，它就不可能永远孤立地存在；“有国才有际”，有际，就是有国家间交往的关系，在交往的过程就会逐渐形成一些相应的规则和习惯，以指导和调整这种交往。

2. 第二次世界大战后国际法的新变化、新发展与新趋势

由于第二次世界大战后，国际关系发生的上述如此多、如此大的变化，势必使得国际立法活动异常活跃，成果颇丰。主要表现在：

第一，国际法范围的扩大。首先，国际法的拘束力靠的是各国承认，故而有些学者把国际法的各种规则划分为三类：普遍国际法、一般国际法和特殊国际法。新增的国际法规则大部分是属于后两种，而第一种规则有新增但不太多。其次，国际公约与国际私法的界限及发展日趋模糊，分界不太严格。由于现在国际关系的日趋复杂与活跃，各国经常缔结条约或协定，给予外国国民从事国际贸易和投资的权利，保护个人人权，确立两国或国际间环境标准等。而国际私法也有销售合同、国际惯例等，两者的分别不再那么清楚、严格了。关于政治问题与法律问题的区分也不十分严格了。法律讲的是是非，政治注意的是妥协，像现在的国际问题往往就是各种政治与法律因素交织在一起形成的。

第二，国际法主体的增加，由传统国际法的一元——独立的主权国家，发展为战后的多元——三大行为主体（主权国家、国际组织、争取独立的民族），甚至还包括特定条件和范围下的其他主体资格者。

第三，国际法客体的增加。由于科技和经济的发展催生出了许多新兴部门和新的领域，成为战后国际法的新分支，如海洋法、国际经济法、外层空间法、环境法、国际投资法及跨国公司法等。

第四，国际立法程序的新趋向。法律通常有三部曲：一是法律的制定；二是法律的解释；三是法律的施行。国际法规则古时多来自习惯，而现在国际条约成了重要的国际法的渊源。

第五，国际组织立法。第二次世界大战后的国际立法，有许多是经国际组织而来的。联合国大会于1947年11月21日通过决议，决定设立国际法委员会并通过《国际法委员会章程》。委员会委员由大会根据各国政府提名选出，以国际法专家的个人资格参加工作。这无疑是国际立法程序的新趋势。

第六，旧的法规进一步充实，逐渐走向完善。

第七，战争法规的新变化与新发展。

现代战争与军事是科学技术运用最多与最快的领域，现代战争中军事技术变化无穷，在此领域有的是旧的国际法规已不适用，有的表现为新旧并存，还有的表现为许多法律空白，新的战争法规正处在演变、形成与发展之中。

3. “冷战”结束后，国际关系与国际法的新动向与新特点

世纪之交，风云变幻。冷战结束后（20世纪80年代末90年代初），国际社会发生了一系列的大事，促使国际关系发生了巨大变化，也使得国际法律关系再次面临其法律性与效力问题的挑战。

第一，东欧剧变，苏联解体所出现的多米诺骨牌效应，直接