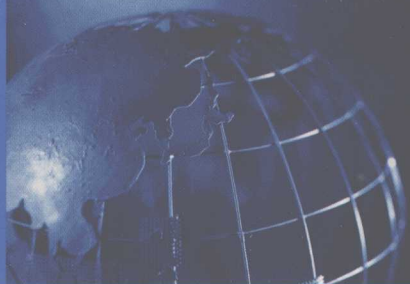




一部致力于科学构建
国际法法理学体系的探索之作

©温树斌 著



国际法刍论



Remarks on International Law

国际法是不是法？是什么样的法？这两个问题是国际法最古老的基本理论的一部分，也是国际法学界经久不衰的争论话题。本书尝试解读这两个看似简单、实则甚为深奥的理论问题，以求拨开“迷雾”，还国际法以真实“面目”。

知识产权出版社

国际法刍论

Remarks on International Law

温树斌 著

知识产权出版社

内容提要

本书着力于探讨抽象而深奥的国际法基本理论问题,潜心于对国际法的传统理论给予新的解析,以期在继承已有研究成果的基础上,根据冷战后国际关系和国际法的最新发展,进行颇有见地的创新。本书内容涵盖国际法的概念、国际法与国内法的比较、国际法的主体、国际法的渊源、国际法的实施、国际责任制度等理论领域,并对国际法的基本属性进行了独到精辟的阐释。作者基于最新的研究资料和敏捷的思辨能力,以独特的研究视角,回答了国际法是不是法、是什么样的法这两个基础性课题,旨在唤起国际法学术界和实务界对国际法的崭新认识。

责任编辑:兰涛

图书在版编目(CIP)数据

国际法刍论/温树斌著. —北京:知识产权出版社,
2007.4

ISBN 978-7-80198-703-7

I. 国… II. 温… III. ①国际法—研究 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 033249 号

国际法刍论 (Guojifa Chulun)

温树斌 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.cnipr.com>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010-82000860 转 8324

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2007 年 4 月第 1 版

字 数: 248 千字

ISBN 978-7-80198-703-7/D · 471

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 - 8325

责任编辑: lantao@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 10.625

印 次: 2007 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



温树斌

作 / 者 / 简 / 介

男，汉族，1968年生，山东省招远市人。北京大学法学学士、法学硕士，武汉大学国际法研究所博士研究生。现任肇庆学院政法系副主任、副教授。民盟肇庆市第七届委员会委员，肇庆市第十一届人大代表，肇庆市十届人大法制工作委员会委员，肇庆市端州区十届人大法制工作委员会顾问，肇庆市人民检察院特约检察员，肇庆市社会科学专家库专家，肇庆仲裁委员会仲裁员，广东省律师协会WTO专业委员会副主任，广东安达信律师事务所律师，广东省“五五”普法高级讲师团成员。在《政治与法律》、《河北法学》、《法律科学》等刊物上独立发表论文近五十篇，出版专著《走向司法公正——民事诉讼模式研究》一部，参编著作四部，先后八次获得市级以上社会科学优秀成果奖奖励。

序

从广义上讲，国际法是人类最古老的法律部门之一。国际法伴随着国际社会的演进，历经了数百年的“风风雨雨”，由欧洲走向全球，由零散走向系统，由“原始”走向成熟。即使在国际关系最混乱无序的年代里，国际法也没有消亡，反而在艰难曲折中顽强地保持着生命力。究其原因，国际法以国际社会为基础，国际社会离不开国际法。国家利益之保护、国家彼此之交往、国际秩序之维持、人类共同利益之保障，均有赖于国际法的存在。冷战结束以来，在世界政治多极化、经济全球化、文化多元化的背景下，世界各国日益意识到它们的繁荣昌盛依赖于国际社会在安全、发展、人权、环境等领域的相互合作。由“共存”向“合作”演变的国际法，为国际社会提供了有效的法律机制。

近年来，中国改革开放的巨大成就令世界瞩目，国际地位日益提升，国际影响力日渐增强。中华民族从来没有像现在这样真正屹立于世界强国之林。特别是中国政府提出的“和平发展”战略与“和谐世界”的构想，正深刻影响着国际关系的变革。然而，中国国际法学研究还没有跟上国家对外关系发展的步伐，与欧美国家相比呈现某种程度的落后状态。其中的一个表现就是国际法基本理论的研究还不够深入。对于国际法的一些基础性问题，如国际法的法律性质、效力根据、国际法与国内法的关系、

国际法的渊源、一般法律原则、国际法的方法论、国际法的价值论、国际法的认识论等，似乎还缺乏全面、系统的研究。不管我们对欧美国家对待国际法的态度和遵守国际法的情形持有怎样的认识，我们都不能否认这些国家的学者对国际法基本理论研究所作出的巨大贡献，也不能否认我国国际法学界在这方面研究的不足。

温树斌副教授是一位年轻有为的国际法学者，目前正在武汉大学国际法研究所攻读博士学位。他对国际法基本理论问题有着浓厚的兴趣。他基于自己数年的国际法教学实践和研究心得，尝试探索国际法基本理论中的一些主要问题，如国际法的概念、主体、渊源、实施机制、责任制度和法律性等。作者在搜集国内外国际法学家相关著述的基础上，以清晰的思路较详尽地阐述与评析了各种理论和学说，向读者展示了国际法基本理论的研究概况，同时也提出了一些颇有见地、富有启发性的新观点。作者采用了比较研究的方法，结合法理学的一般原理对有关国际法问题进行解读，力求实现国际法与国内法法理上的和谐统一。作者还系统研究了国际法的实施机制，剖析了国际法实施的主要途径，力求消除论证国际法“法律性”问题时的“空泛无力”。作者对国际法基本属性的论述以“法律性”为中心，论及独立性、平等性、民主性、规范性、强制性等方面，不仅对全书的内容进行了提炼和升华，而且其论证也有一些独特性。总之，本书对于促进国际法基本理论的研究，澄清对国际法的一些模糊或错误认识，强化国际法为“法”的信念，推动国际法理学或国际法哲学的构建，具有重要的理论价值。同时，它对于中国更广泛和积极地参与国际事务，发挥一个独立自主的、负责任的大国所应有的作用，依照国际法和平地发展、构建人类社会理想的和谐世界，也具有一定的实践意义。

国际法基本理论是国际法学的基础和核心，也是一个深奥而

复杂的研究领域，具有悠久的历史、丰富的学说和深厚的底蕴，可谓“百家争鸣、百花齐放”。要把握以往和现在的理论研究成果，阐释其中的观点，探索其中的规律，理清其中的脉络，预测其中的动向是十分困难的。而要在现有成果的基础上进行创新，更是难上加难。因此，作者探索和钻研国际法基本理论问题的精神和勇气是应当肯定的。然而，作者对一些问题的研究还待进一步深化，对一些问题的论证也不够周密。不过，我相信，在未来的学习和工作中，他会得到进一步提高、会走向更加成熟。

是为序。

杨泽伟

2006年11月20日

于武汉东林外庐

前言

国际法是不是法，是什么样的法，这两个问题是国际法最古老的基本理论的一部分，也是国际法学界经久不衰的争论话题。本书尝试着解读这两个看似简单、实则甚为深奥的理论问题，以求拨开“迷雾”，还国际法以真实“面目”。

2006年10月27日，梁西教授在首届中国中青年国际法学者及博士生论坛上指出：“在学习、研究或教学过程中，应当加强国际法基本理论的研究，目前中国国际法学的研究状况与中国的国际地位是很不相称的。”的确，国际法基本理论的研究在中国尚不深入，更难谈得上成熟。除了赵理海先生的《国际法基本理论》、李浩培先生的《国际法的概念与渊源》、王铁崖先生的《国际法引论》、程晓霞教授的《国际法的理论问题》等著作之外，专门研究国际法基本理论的著作并不多见。国内法拥有自己的法理学，国际法为什么没有？国际法与国内法要不要适用统一的法理学？如何实现两者的协调？本书以国际法的“法律性”为主线，论述了国际法的概念、主体、渊源、实施机制、国际责任制度等基本理论问题，力图在某种程度上弥补国际法理学研究的不足。

全书共分七章。第一章为国际法的概念，涉及国际法的定义、阶级性、历史沿革、国际法与国际私法及国际经济法的相互关系。第二章为国际法与国内法的比较，涉及国际法与国内

法的社会基础，两者在不同方面的区别和联系的理论与实践。第三章为国际法的主体，涉及国际法主体的范围及国家、国际组织和个人的国际法主体资格问题。第四章为国际法的渊源，涉及国际条约、国际习惯、一般法律原则和国际法的辅助渊源。第五章为国际法的实施，涉及国家、国际组织、国际司法机构实施国际法的方式，并分析了国际法的实施受制约的因素。第六章为国际责任制度，涉及国际责任的基本理论、国际不法行为、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果以及国际犯罪的责任构成、形式和履行问题。第七章为国际法的基本属性，既自成体系，又是全书的总结。该章通过对国际法“法律性”的辩证思考，论证了国际法是不是法的问题，同时提出了对国际法的基本认识：国际法具有独立性、平等性、民主性、规范性、强制性等属性，回答了国际法是什么样的法的问题。由于国际法基本理论问题较为概括和抽象，书中各标题并无“华丽之辞藻”，也无“引人注目”之处，但不应因此减损本书的理论价值和现实意义。

本书坚持唯物辩证法，主要采用了比较研究、历史考察、逻辑分析、语义分析等实证分析方法，兼及国际关系与国际法交叉研究。在法的定义与国际法的定义、国内法与国际法的社会基础、法的主体与国际法的主体、法的渊源与国际法的渊源、法的实施与国际法的实施、法律责任与国际法律责任等问题上，特别注重将国内法理学和国际法的基本理论作对照研究。

国际法基本理论的研究乃至国际法理学的建构需要以深厚的理论功底、丰富的国际法实践经验、独特的国际法律思维能力等为基础，而这些都是作者目前尚不具备的。对于有关领域的研究，名家大作尚不能做到尽善尽美，作者自然不敢奢望有多少开创性成果。书中内容作为一种理论体系可能是不完整的，作为对

国际法基本理论中争议问题的结论可能是不严谨的。但是，作者若能以自己的尝试或者努力引起对国际法理学研究的重视，即便是招致批判也可算是辛勤劳作的有益回报。欢迎学界同人对书中认识之片面、观点之疏漏，提出批评指正意见，以便作者在未来的学习生活中进一步研究和提高。

温树斌

2006年11月10日

目录

第一章 国际法的概念	1
第一节 法的定义	1
一、法的名称	1
二、法的定义	2
第二节 国际法的定义	5
一、国际法的名称	5
二、国际法的定义	6
第三节 国际法的阶级性问题	14
第四节 国际法的历史演进	18
一、国际法的源头——古代和中世纪国际法	18
二、国际法的形成和发展——近代国际法	21
三、国际法的新发展——现代国际法	23
四、中国与国际法的发展	29
五、历史演进的启示	32
第五节 国际法与国际私法、国际经济法	36
一、国际法与国际私法	36
二、国际法与国际经济法	40
三、国际私法与国际经济法	44
四、关于三者关系的辩证思考	46

第二章 国际法与国内法的比较	48
第一节 国内法与国际法的社会基础	48
一、国内法的社会基础	48
二、国际法的社会基础	49
第二节 国际法与国内法的区别	52
一、调整对象不同	52
二、主体不同	53
三、制定方式不同	54
四、实施方式不同	56
五、效力根据不同	57
第三节 国际法与国内法的联系	62
一、一元论	62
二、二元论	63
三、相互联系论	64
四、各国处理国际法与国内法关系的立场与实践	66
第三章 国际法的主体	74
第一节 法律关系主体与国际法主体	74
一、法律关系主体的一般理论	74
二、国际法主体的概念和范围	75
三、关于国际法主体定义的思考	81
第二节 国家	85
一、国际法上国家的含义	85
二、国家作为国际法的基本主体	87
三、主权国家与国际法的互动关系	89
第三节 国际组织	95
一、国际法上国际组织的含义	95
二、国际组织作为国际法的主体	97

第四节 个人	100
一、国际法学界的不同认识	100
二、关于个人作为国际法主体的论据之争	104
三、关于个人国际法主体资格的辩证思考	110
 第四章 国际法的渊源	 114
第一节 法的渊源与国际法的渊源	114
一、法的渊源与法的形式	114
二、国际法的渊源	116
第二节 国际条约	121
一、国际条约的定义	121
二、国际条约对国际法渊源的意义	127
第三节 国际习惯	131
一、国际习惯的定义	131
二、国际习惯对国际法渊源的意义	134
第四节 一般法律原则	136
一、一般法律原则的含义	136
二、一般法律原则作为国际法渊源的问题	138
第五节 国际法的辅助渊源	141
一、司法判例	141
二、权威公法学家的学说	143
三、国际组织的决议	144
 第五章 国际法的实施	 151
第一节 法的实施与国际法的实施	151
一、法的实施	151
二、国际法的实施	154
第二节 国家与国际法的实施	162

一、国家对国际法的遵守·····	162
二、国家对国际法实施的保障·····	167
第三节 国际组织与国际法的实施·····	172
一、国际组织在国际法实施机制中的地位·····	172
二、国际联盟的制裁措施·····	173
三、联合国与国际法的实施·····	173
第四节 国际司法机构与国际法的适用·····	180
一、国际仲裁·····	180
二、国际法院与国际法的适用·····	182
三、其他国际司法机构与国际法的适用·····	186
第五节 影响国际法实施的主要因素·····	191
一、国际法实施的社会基础相对薄弱·····	191
二、国际法规范自身的缺陷·····	192
三、强权政治的制约·····	195
四、联合国实施国际法的效果不够理想·····	196
第六章 国际责任制度·····	200
第一节 法律责任·····	200
一、法律责任的定义·····	200
二、法律责任的本质·····	201
三、法律责任的构成要件·····	201
四、法律责任的形式·····	202
第二节 国际法律责任·····	202
一、国际法律责任的定义·····	202
二、国际法律责任的本质·····	205
三、国际法律责任的构成要件·····	207
四、国际法律责任的分类·····	215
五、国际法律责任的新发展·····	217
六、国际法律责任法的编纂简史·····	219

第三节 国际不法行为的国际责任	225
一、国际不法行为的构成要件	225
二、国际责任的内容	237
三、国际责任的履行	246
第四节 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的 国际责任	251
一、国际损害责任的概念和性质	251
二、国际损害责任的构成要件	253
三、国际损害责任的形式	254
四、国际损害责任的履行	256
第五节 国际犯罪及其责任	257
一、国际犯罪概说	257
二、国际刑事责任的实现途径	267
三、国际刑法的新发展及其影响	271
第七章 国际法的基本属性	280
第一节 否定或贬低国际法“法律性”的理论	280
一、国际法否定论	280
二、国际法弱法论	281
三、国际法无用论	283
第二节 国际法“法律性”的辩证思考	285
一、“国际法否定论”之批判	285
二、“国际法弱法论”之透视	295
三、“国际法无用论”之驳斥	299
第三节 对国际法的基本认识	304
一、国际法的独立性	304
二、国际法的平等性	306
三、国际法的民主性	309

四、国际法的规范性·····	311
五、国际法的强制性·····	313
六、国际法的人本化趋势·····	319
 参考文献·····	 321
后记·····	328

第一章 国际法的概念

第一节 法的定义

一、法的名称

不同民族、不同历史时期，人们对法这一现象采用了不同的名称。中国古代汉语中的“法”即“灋”，“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去”^①。古代的“法”不仅有刑戮、罚罪之意，有规范之意，也有“公平”、“明断曲直”之意。根据《说文解字》中的解释，“律，均布也”，说明“律”也有规范人们行为的作用。从《尔雅·释诂》中可知，秦汉时期，“法”与“律”同义，都有常规、均布、划一的意思。《唐律疏议》中指出，“法亦律也，故谓之律”^②。清末以来，“法”与“法律”两个词语通用。在现代汉语中，除非在特定的语言环境下使用狭义的含义，“法律”一词一般都在广义上使用。狭义的法律为特定国家立法机关制定的法律，如我国的全国人大及其常委会制定的法律；广义的法律则泛指所有有权机关制定的法律，如我国的法律还包括国务院制定的行政法规、国务院部委制定的规章、地方国家权力机关制定的地方性法规。^③

① 说文解字。中华书局，1963：202.

② 唐律疏议。中华书局，1983：2.

③ 沈宗灵。法理学（第二版）。北京大学出版社，2003：27.