



21世纪高等院校法律系列规划教材

国际法学

主 编 陈 曦 宋珊珊
副主编 向 群 周慧女



北京航空航天大学出版社



21 世纪高等院校法律系列规划教材

国际法学

主 编 陈 曦 宋珊珊
副主编 向 群 周慧女

北京航空航天大学出版社

内 容 简 介

阐述了国际法的总论,包括国际法的概念、性质、渊源、国际法的基本原则、国际法与国内法的关系、国家的构成要件、国家的基本权利和义务及国际法上的个人等。具体介绍了国际法中领土、外交关系、条约法、国际组织、和平解决国际争端等国际关系的基本规则。

本书主要适用于高等职业教育、成人高等教育,以及供社会相关人员参考。

图书在版编目(CIP)数据

国际法学/陈曦,宋珊珊主编. —北京:北京航空航天大学出版社,2008.8

ISBN 978-7-81124-409-0

I. 国… II. ①陈…②宋… III. 国际法—法的理论
IV. D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 089478 号

国 际 法 学

主 编 陈 曦 宋珊珊

副主编 向 群 周慧女

责任编辑 张军香 朱红芳

*

北京航空航天大学出版社出版发行

北京市海淀区学院路 37 号(100083) 发行部电话:(010)82317024 传真:(010)82328026

<http://www.buaapress.com.cn> E-mail:bhpress@263.net

北京时代华都印刷有限公司印装 各地书店经销

*

开本:787×960 1/16 印张:14 字数:314 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷 印数:4 000 册

ISBN 978-7-81124-409-0 定价:22.00 元

《21 世纪高等院校法律系列规划教材》

编委会

主 任：孙学华

副主任：王加林

委 员：(按姓氏笔画排序)

尤仁林 尹世堂 王荣党 伍小兰

孙仲玲 向 群 张 云 周 芳

姚建峰 耿 明

本书编写人员

主 编：陈 曦 宋珊珊

副主编：向 群 周慧女

参 编：万志红 周宏宇 石 莉

前言

国际法作为调整国家之间关系的法律,涉及国际关系的诸多领域。与国内法相比,国际法内容庞杂,自成体系。随着国际关系的发展,国际法在国际交往和国家政治生活中的重要性日益突出。

本教材介绍国际法的基本理论和基本概念,精选了国际关系中涉及政治、经济、文化、社会等领域的重要的国际法规则,基本涵盖了国际法的主要内容。全书分为14章,第一~三章是国际法总论,包括国际法的概念、性质、渊源、国际法的基本原则、国际法与国内法的关系、国家的构成要件、国家的基本权利和义务、国际法上的个人等。总论部分是国际法最基本的理论知识,可为深入学习国际法打下基础。第四~十四章,具体介绍了国际法中领土、外交关系、条约法、国际组织、和平解决国际争端等国际关系的基本规则。

本教材的特点是突出实用性。每章后都结合中国在国际社会中的地位和作用,分析中国运用国际法的许多实践问题,从而帮助读者在掌握国际法基本理论、规则的基础上,增强运用所学的知识分析实际问题的能力。

本书由陈曦、宋珊珊担任全书的统稿工作。全书编写分工为:陈曦编写第一~三章;石莉参与编写第三章;宋珊珊编写第四~六章;向群编写第十三章;万志红编写第九~十章;周慧女编写第七~八章;周宏宇编写第十一、十二、十四章。

由于编者水平所限,对于书中存在的疏漏或不妥之处,敬请同行、专家、读者批评指正。

本书在编写过程中,参考了诸多专家、学者的论著,难以一一罗列,在此一并致谢。

编 者

2008年5月

目 录

第一章 导 论	1
第一节 国际法的基本理论问题	1
第二节 国际法的渊源	7
第三节 国际法的编纂	9
第四节 国际法的基本原则	11
核心提示	15
思考题	15
第二章 国际法的主体	16
第一节 概 述	16
第二节 国 家	19
第三节 争取独立的民族与国际组织	25
第四节 国际法上的承认	27
第五节 国际法上的继承	31
第六节 中华人民共和国的国际法主体的相关问题	34
核心提示	36
思考题	36
第三章 国际法上的个人	37
第一节 国 籍	37
第二节 外国人的法律地位	41
第三节 外交保护	44
第四节 引渡与庇护	46
第五节 难 民	49
核心提示	51
思考题	51
第四章 国家领土	52
第一节 概 述	52
第二节 领土的取得和变更	55

第三节 边界与边境制度	57
第四节 两极地区及其法律地位	60
第五节 中国的领土与边界、边境问题	61
核心提示	63
思考题	64
第五章 海洋法	65
第一节 概 述	65
第二节 内 水	67
第三节 领海和毗连区	68
第四节 专属经济区	71
第五节 大陆架	73
第六节 其他特殊海域制度	75
第七节 公 海	77
第八节 国际海底区域	79
第九节 中国的海洋立法与实践	81
核心提示	83
思考题	84
第六章 空间法	85
第一节 空气空间法	85
第二节 外层空间法	96
核心提示	101
思考题	102
第七章 外交和领事关系法	103
第一节 外交关系法	103
第二节 领事关系法	111
第三节 中国的外交与领事关系法律制度	116
核心提示	118
思考题	118
第八章 条约法	119
第一节 概 述	119
第二节 条约的缔结	122
第三节 条约的生效和效力	126



第四节 条约的解释和修订	131
第五节 中国关于条约的立法与实践	133
核心提示	135
思考题	135
第九章 国际组织法	136
第一节 国际组织法概述	136
第二节 国际组织的一般法律制度	139
第三节 联合国体系	143
第四节 区域性国际组织	148
第五节 中国与国际组织	150
核心提示	153
思考题	154
第十章 武装冲突法	155
第一节 武装冲突法概述	155
第二节 战争与中立	156
第三节 对作战手段和方法的限制	159
第四节 对战争受难者的保护	162
第五节 战争犯罪及其责任	164
核心提示	167
思考题	167
第十一章 和平解决国际争端	168
第一节 概 述	168
第二节 和平解决国际争端的政治方法	171
第三节 解决国际争端的法律方法	172
第四节 国际组织与国际争端的解决	176
核心提示	178
思考题	179
第十二章 国家责任法	180
第一节 概 述	180
第二节 国家责任的构成要件	181
第三节 国家责任的免除	182
第四节 国家责任的形式和履行	183



第五节 国家责任的新问题	184
核心提示	185
思考题	185
第十三章 国际刑法	186
第一节 概 述	186
第二节 国际犯罪及其责任	189
第三节 国际刑事司法协助	194
第四节 国际刑事法院	198
核心提示	201
思考题	201
第十四章 国际人权法	202
第一节 概 述	202
第二节 国际人权法的条约体系和主要内容	204
第三节 国际人权法的实施机制	207
核心提示	209
思考题	209
参考文献	210
1. 国际法	181
2. 国际公法	181
3. 国际私法	181
4. 国际经济法	181
5. 国际环境法	181
6. 国际刑法	181
7. 国际人权法	181
8. 国际法案例	181
9. 国际法文献	181
10. 国际法著作	181
11. 国际法期刊	181
12. 国际法数据库	181
13. 国际法网站	181
14. 国际法论坛	181
15. 国际法会议	181
16. 国际法组织	181
17. 国际法机构	181
18. 国际法专家	181
19. 国际法学者	181
20. 国际法教师	181
21. 国际法学生	181
22. 国际法爱好者	181
23. 国际法研究者	181
24. 国际法实践者	181
25. 国际法评论者	181
26. 国际法翻译者	181
27. 国际法出版者	181
28. 国际法发行者	181
29. 国际法销售者	181
30. 国际法使用者	181
31. 国际法传播者	181
32. 国际法推广者	181
33. 国际法普及者	181
34. 国际法宣传者	181
35. 国际法教育者	181
36. 国际法培训者	181
37. 国际法指导者	181
38. 国际法监督者	181
39. 国际法评估者	181
40. 国际法反馈者	181
41. 国际法改进者	181
42. 国际法创新者	181
43. 国际法探索者	181
44. 国际法发现者	181
45. 国际法发明者	181
46. 国际法创造者	181
47. 国际法发明者	181
48. 国际法创造者	181
49. 国际法发明者	181
50. 国际法创造者	181
51. 国际法发明者	181
52. 国际法创造者	181
53. 国际法发明者	181
54. 国际法创造者	181
55. 国际法发明者	181
56. 国际法创造者	181
57. 国际法发明者	181
58. 国际法创造者	181
59. 国际法发明者	181
60. 国际法创造者	181
61. 国际法发明者	181
62. 国际法创造者	181
63. 国际法发明者	181
64. 国际法创造者	181
65. 国际法发明者	181
66. 国际法创造者	181
67. 国际法发明者	181
68. 国际法创造者	181
69. 国际法发明者	181
70. 国际法创造者	181
71. 国际法发明者	181
72. 国际法创造者	181
73. 国际法发明者	181
74. 国际法创造者	181
75. 国际法发明者	181
76. 国际法创造者	181
77. 国际法发明者	181
78. 国际法创造者	181
79. 国际法发明者	181
80. 国际法创造者	181
81. 国际法发明者	181
82. 国际法创造者	181
83. 国际法发明者	181
84. 国际法创造者	181
85. 国际法发明者	181
86. 国际法创造者	181
87. 国际法发明者	181
88. 国际法创造者	181
89. 国际法发明者	181
90. 国际法创造者	181
91. 国际法发明者	181
92. 国际法创造者	181
93. 国际法发明者	181
94. 国际法创造者	181
95. 国际法发明者	181
96. 国际法创造者	181
97. 国际法发明者	181
98. 国际法创造者	181
99. 国际法发明者	181
100. 国际法创造者	181

第一章 导论

主要内容：阐述国际法学的基础理论。包括国际法的概念和特征；国际法的性质、渊源及编纂；国际法与国内法的关系及国际法的基本原则。这些基础理论是国际法的入门，是今后深入学习国际法的基础。

第一节 国际法的基本理论问题

国际法的基本理论问题包括国际法的定义、特征，国际法的形成和发展，国际法的性质和效力，国际法与国内法的关系。

一、国际法的定义和特征

国际法，简言之，是国家之间的法律，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^①。

国际法的基本特征主要表现在：

第一，国际法是调整国家与国家之间关系的法律

国际法的主体主要是国家，一些政府间的国际组织和民族解放运动组织也是国际法的主体。国际社会一直是以国家为基本单位构成的共同体，国家在国际关系中起着主导作用。

第二，国际法所调整的对象是国际关系

国际社会，国家大都是平等的主权国家，作为国际社会的成员，任何国家都不可能孤立地存在，它们之间必然保持着政治、经济、社会、文化、军事等不同的关系，国际法调整国家之间以法律形式表现出来的国际关系。

第三，国际法是国家依靠单独或集体的自身行为加以实施的法律

由于国际法的主体是平等的主权国家，一个国家不能凌驾于他国主权之上发号施令，而国际社会尚未建立一个专门的超越国家之上的强制机构来实施国际法，国际法的适用和执行都是靠国家自己的行为加以保障。如一个国家违反国际法原则侵犯另一国，受到侵犯的国家可以通过单独或集体自卫行为来保障国际法“不受侵犯”原则的实施。

第四，国际社会是国际法产生、形成和发展的基础

国际法的历史表明，国际法是适应国际社会成员交往的需要而产生的，国际法发展与国际

^① 王铁崖编著。《国际法引论》(参考文献[1])，第25页。

社会的发展是互动的,不断变化的国际社会促使国际法与时俱进。所以,国际法是在国际交往中形成的,主要用于调整国家间关系的,具有法律约束力的各种原则、规则和制度的总称^①。

二、国际法的形成和发展

国际法的历史发展有一定的阶段性,可分为古代国际法、近代国际法和现代国际法。

(一) 古代国际法

上古时期出现了国际法的萌芽,公元前 1291 年古埃及法老和赫梯皇帝缔结的和平联盟条约,被认为是国际法历史上的第一个正式条约。在古印度,公元前 100 年左右编成的《摩奴法典》含有不少人道主义规则和战争规则的规定。在古希腊,城邦的密切交往,互派使节,订立条约,建立联盟,仲裁纠纷,形成了比较发达的使节制度和战争制度。古代国家不是近代意义的主权国家,古代的国际法只能说是国际法的雏形。

在中世纪罗马帝国一统天下的局面下,国际法没有多大发展。尽管在中世纪的欧洲曾被认为是开始形成了国际法,但在这个时代出现的一些交往规则带有浓厚的封建色彩,“可以说是封建国际法”,只是到了中世纪后期,国际法在领事制度和海洋制度方面才有所发展。但整个说来,国际法在中世纪是不发达的。

(二) 近代国际法

近代国际法也称传统国际法,产生于欧洲。《威斯特伐里亚和约》确立了主权平等和领土主权原则,奠定了近代国际法的基础,标志着近代国际法的产生。

国际法在近代取得了前所未有的重大发展,形成了包括一系列原则、规则和制度的独立的法律体系。这一时期,国际法的特点表现为:首先,确定了调整国际关系的一系列重要的国际法原则,如国家主权原则、主权平等原则、不干涉内政原则、条约必须遵守原则、和平解决争端原则等,奠定了发展至今的整个国际法体系的基础。其次,扩展了国际法的内容和领域。在近代丰富多彩的国际关系的实践中,确立了常驻外交使节制度、永久中立制度、国际会议制度、国际仲裁制度等。条约法、战争法也有了很大发展,海洋自由原则得到确认,政府间国际组织、国际行政联盟开始涌现,国际法开始进入国际社会的各个领域。

(三) 现代国际法

现代国际法一般被认为是从第一次世界大战后开始的。俄国十月革命的胜利、国际联盟的建立和巴黎非战公约的通过,对国际法的发展起了重要作用。第二次世界大战结束后,《联合国宪章》的产生和联合国的建立,标志着国际法发展到另一个新阶段。

广大新独立国家的兴起;国际经济关系的变化;国际组织的大量增加;科学技术的突飞猛进,使现代国际法的内容越来越丰富,范围越来越广泛。国际法已经不再是欧洲的法律了,而

^① 梁西主编.《国际法》(参考文献[2]),第3页。



成为具有全世界性质的国际法。而且,现代国际法还是一个不断发展的法律体系,伴随着国际实践、国际关系的变化发展而不断丰富发展。

(四) 中国与国际法

第一次正式、全面地把国际法介绍到中国来的是美国人丁韪良。1864年,他把美国学者惠顿(Wheaton)的《国际法原理》一书译成中文,以《万国公法》的名称出版,供清政府外派使节参考。

自1842年南京条约签订以后的一百多年,是中国对外关系中的不平等时期。帝国主义国家在中国侵占领土,夺取租借地,设立租界,划分势力范围,驻扎军队,剥夺关税自主权,攫取经济特权,建立领事裁判权制度,设立领馆区,控制铁路、邮电等事业,置中国于半殖民地地位,所依据的都是一系列不平等条约。中外关系中根本谈不上什么国际法,列强极力维护的是不平等条约体系和种种特权,根本不以平等地位对待中国。

1949年10月中华人民共和国的成立,标志着中国以独立自主的主权国家资格登上国际舞台,也标志着中国与国际法的关系发生了根本性变化。所有不平等条约都被废除了,任何外国的特权和特殊利益都被取消了,中国的对外关系真正建立在平等、互利、相互尊重领土主权等国际法原则的基础之上。新中国尊重、接受和遵守国际社会公认的国际法原则、规则和制度,并且不断努力为现代国际法的发展做出自己的贡献。已经成为国际法基本原则一部分的和平共处五项原则,就是新中国倡导并坚持的。新中国在自己的外交实践中广泛运用国际法,在许多问题诸如承认、继承、国籍、条约、使节权、和平协商等,都有创新,为国际法补充了新内容。

我国政府在新世纪更加重视国际法。江泽民主席在1996年中共中央举行的国际法知识讲座上指出:“国际法在促进世界和平与发展中的作用日益增强,各国越来越重视利用国际法来保护自身的权益,这是国际社会一个值得注意的趋向。”他接着提出要求:“所有代表国家从事政治、经济、文化、司法等工作的同志,也都要学习国际法知识,……加深了解国际法所确认的基本原则、通行惯例及发展趋势。”2000年,李鹏委员长在全国人大常委会第十四次法制讲座上指出,“随着世界经济、科技的迅速发展,各国之间的联系日益紧密,国际交往越来越广泛,国际法在国际事务中的作用不断加强”;我们“要善于运用国际法来处理国家关系和国际事务,开展对外交流与合作”。这些讲话为我国国际法理论研究提供了新的动力。

三、国际法的性质及效力依据

(一) 国际法的性质

国际法的性质,主要涉及国际法的法律性和国际性两个问题。

1. 国际法的法律性

国际法是不是真正的法律?许多人将国际法与国内法比较之后,往往会对国际法的法律性质提出质疑。历史上也曾有一些法学家对国际法的法律性持怀疑和否定态度,显著例子是



19 世纪英国法学家奥斯丁,他认为法律是主权者的命令,国际法只是“实在的国际道德”。虽然像奥斯丁这样极端的国际法虚无主义,现在已被多数人摒弃。但当国际法遭到严重践踏时,例如,某个强国无视国际法,对他国使用武力,而国际法没有强制力制裁时,人们往往会产生对国际法法律性质的怀疑。

国际法是法律,这是理论和实践一致承认的。国际法的法律性,不应该用分析国内法的方法判断和评价,因为国际法是不同于国内法的一个特殊法律体系,国际社会与国内社会的结构是完全不同的。国际社会各个成员国之间主权平等,国际社会不存在凌驾于各国之上的国际法实施机制,但并不意味着各国可以不受约束地为所欲为。自从有了国家之间的交往,形成了一定程度的国际关系,国际社会出现的大量问题使国家认识到仅靠单一的国家自身的力量难以解决,国家之间必须通过订立条约的方式确立相互间合作的规则,并遵循一些普遍性的规范。20 世纪以来,特别是联合国成立以来,国际法的法律性逐渐为《联合国宪章》所确立的国际法治精神、联合国对国际法的编纂以及国际法律实践所证明。王铁崖先生明确地说:“法律不限于国内法。国际社会虽然没有像国家之内那样的立法机关来制定法律,但通过其他方式——例如条约等——创造国际社会成员——国家——的行为规则;虽然也没有像国家之内那样的行政机关和司法机关来执行法律,但却在一定程度上有某种机制使国际社会成员——国家——遵守国际法原则、规则和制度。应该说,国际法是法律,或者说,是法律的一个部门。”^①

事实上,当人们因国际法遭践踏而对国际法法律性质产生怀疑时,人们没有注意到,实践中,大量的国际法在大多数情况下都能得到大多数国家的遵守。许多国家在建立和完善法治国家的过程中,也通过宪法和其他国内法明确国际法的法律地位和遵守国际法的决心。国际法之所以得到国家的普遍遵守,是因为国际法的规范反映了各国间的“共同利益”,国际法主要是通过国家之间以条约和习惯的方式形成“国际公认”而确立的。

2. 国际法的国际性

国际法的国际性是其区别于国内法的显著特征。国际法的国际性表现在:第一,社会基础的国际性,国际法的社会基础是国际社会;第二,调整对象的国际性,国际法以国际关系为调整对象;第三,形成方式的国际性,国际法是各国以习惯或条约等共同同意的方式形成的法律,是国际社会公认的产物。

鉴于国家之间广泛的地理、经济和文化的悬殊,一些国家有必要在区域利益共同的基础上制定特殊的国际法规则。对于普遍国际法与特殊国际法的关系,一般认为,各种区域活动有助于国际法的发展,但它们不能代替普遍性的国际法体系。特殊国际法必须以普遍国际法为其存在前提,它的效力必须以普遍国际法为依据,而且必须参照普遍国际法进行解释^②。

^① 王铁崖主编,《国际法》(参考文献[3]),第6~7页。

^② [英]詹宁斯,瓦次修订,《奥本海国际法》(参考文献[4]),第1卷,第1分册,第50~51页。



因此,国际法是国际社会所共同创立的,反映国际社会共同利益和意志的法律。其追求的是国际正义和国际法治。

(二) 国际法的效力依据

国际法的效力依据是指国际法依靠什么对国家有拘束力。国际法效力的依据应该是国家之间的协议。国家之间的协议反映了各国的协调意志,对参与制定国际协议的国家有拘束力。

国际法的强制实施主要依靠国家自身或通过国家的行动来实现。在国家的主权和权益遭到侵犯、国际法受到破坏时,国家有权单独地或与其他国家一起采取相应的强制措施,以捍卫自己的权益,使国际法得到实施。这是因为国际上不存在有组织的超越国家之上的强制机关,即使是国际法院,也不具备普遍的强制管辖权,联合国也没被赋予普遍执行国际法的职能。国际法的强制实施主要依靠其主体——国家自身。当国家由于他国违反国际法而遭受权利和利益的侵害时,作为受害国可以采取某种相应措施制止侵权行为,例如提出抗议或警告,进行适当的报复等等,如果遭到武装侵犯,可以采取武装自卫。

四、国际法与国内法的关系

(一) 国际法与国内法关系的相关学说

国际法与国内法的关系,是国际法理论与实践中的一个重要问题。围绕国际法和国内法是属一个法律体系还是两个不同法律体系的问题,国际法学界形成了两大派别。认为国际法与国内法属于同一个法律体系的观点,即所谓“一元论”;认为国际法与国内法分别属于两种不同的法律体系的观点,即所谓“二元论”。

在“一元论”中,由于认为国际法与国内法属同一体系,又势必产生国际法与国内法何者优先、谁主谁从的问题,因此又有了两派学说:“国际法优先说”和“国内法优先说”。“国际法优先说”的主要观点是,国际法与国内法属于同一法律体系,国际法优于国内法。国内法的效力依靠于国际法,而国际法的效力则最终依靠于一个最高规范,即“约定必须遵守”或者“国际社会的意志必须遵守”。“国内法优先说”则认为,法律是国家意志的反映,在统一的法律体系中是依靠国内法才得到其效力的,因此国际法只能从国家意志和国内法上获取其效力和权威,是国内法的一部分。从整体上讲,无论国际法优先说,还是国内法优先说,一元论对国际法与国内法关系的解释在理论上都是片面的,在现实中也符合国际法和国内法关系的客观实际。

“二元论”则认为国际法与国内法都是法律,是国家主权意志的行为,但分属于两个不同的法律体系。国内法是国家主权意志的对内表现,其规范对象是一国国内的民众;国际法是国家主权意志的集体体现,其规范对象是国际关系中的国家。两个体系间没有隶属主从关系,处于对等地位。这派学说看到了国际法与国内法不同,但将二者的差异绝对化,忽视了两者的内在联系。

我国学者基本上对“两派三论”持批评态度,多数学者采取一种协调的观点。他们承认国际法与国内法各有其特定的调整对象、特定的主体、特定的形成方式和特定的实施方式。因



此,国际法与国内法是两个不同的法律体系,互不从属;但是,两个法系体系不是孤立存在的,二者是彼此协调、互相渗透、互相补充的紧密关系。

(二) 国际法与国内法关系的实践

国际法与国内法的关系,从实践的角度考察,主要是国家如何在国内实施国际法,如何履行其承担的国际义务,也就是国际法在国内的效力问题。具体地说,就是国内法是否能直接适用国际法,当国际法与国内法发生冲突时如何适用法律。这是一个十分复杂的问题。

首先是因为各国的国家实践复杂多样,难求一致。原则上,国际法在国内的效力问题是一个国内法问题,也就是各国依本国法律自行处理的问题。而各国的法律制度不同,处理方法各异。有的在宪法中加以原则规定,有的在宪法中不予规定,有的甚至没有成文宪法,各国的实践呈多样性。

其次,国际法本身的特点又增加了问题的复杂性。国际法上有成文的国际条约,又有不成文的国际习惯,这两种渊源形式在国内的适用情况往往是大相径庭。

综合各国的实践,大致可归纳为以下几种不同做法:

1. 国际习惯法作为国内法的一部分来适用。

英国,根据普通法的原则,所有被普遍承认或为英国所接受的国际习惯法规则本身,就是英国法律的一部分;德国基本法(宪法)明文规定国际习惯规则构成联邦宪法的一部分,其效力在法律之上,并对其领土内居民直接规范权利义务。

2. 国际条约在国内法的适用

国际条约是成文国际法,只拘束条约缔约国,它在国内的效力问题比起国际习惯来要复杂得多,各国的实践更是多种多样,各有千秋。大致可分为两类:一类是原则上作出规定,将条约作为国内法的一部分在国内法律秩序中直接予以适用,而不需制定新的国内法,这种方式称为纳入;另一类是制定新的国内法,赋予条约规则以国内法效力,使之在国内生效,这种方式称为转化。

经国内法接受的国际法,无论采用何种接受方式,也无论是条约或国际习惯,都可能发生国际法与国内法冲突的情况。虽然在各国实践中,对国内法与国际法发生冲突时,有不同的解决办法,但是有一项原则是肯定的,大多数国家均认为凡是本国签署的已生效的条约,经本国法律程序批准即可产生国内效力,即使与本国国内法有抵触,也适用国际条约。按照这种规定,国家不能以国内法为理由来作为违反或规避国家自己国际义务的根据。拒绝适用条约,该国家就要为此行为承担违反条约义务的责任。这样可以保证国家忠实地履行自己的国际义务,有利于加强国家之间和睦友好的关系。

(三) 中国关于国际法与国内法关系的实践

我国虽然在宪法中对国际条约与国内法的关系未作直接规定,但从宪法关于条约缔结程序的规定来看,条约与法律享有同等的效力。至于条约与国内法相比较的效力,中国 1986 年的《民法通则》第 142 条规定,“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民



事法律有不同规定的,适用国际条约的规定”。显然,在这里条约的效力高于国内民事法律。从其他一些部门法的规定综合起来看,中国缔结或参加的条约在国内是有直接效力的,同时其规定若与国内法律不同应优先适用条约。

关于条约在我国国内法中的适用方式,以及解决条约与我国国内法冲突的方式,学者有许多意见和建议,根据我国现行立法和司法实践,我国倾向于采用以采纳为主、转化为例外相结合和条约优先的条约适用模式。

第二节 国际法的渊源

国际法的渊源是指国际法的原则、规则和制度第一次出现、确立并获得法律效力的地方或最初的表现形式。国际法的渊源主要是国际条约和国际习惯。

一、概述

1945年《国际法院规约》第38条规定了该法院判案时所应适用的法律,这一条的规定通常被认为是国际法渊源的权威性说明,尽管其中并没有直接使用“国际法渊源”这一概念。其全文如下:“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:(子)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。(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者。(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。(卯)在第五十九条规定之下,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。”

所以,国际法的渊源主要有国际条约、国际习惯、一般法律原则。司法判例及各国权威最高之公法学家学说,则是国际法的辅助性资料。随着国际组织在国际社会作用的日益凸显,国际组织的决议也已成为国际法渊源之一。

二、国际条约

国际条约是国际法主体之间订立的符合国际法的协议,国家是条约的主要缔结者。按照“约定必须遵守”的国际法原则,条约对国家有拘束力,国家必须信守条约。因此《国际法院规约》第38条第1款规定,国际法院判案时应首先适用国际条约,可见条约在国际法渊源中居于重要地位。

国际条约有多种类型、名称和功能,按其法律性质考察,可分为:契约性条约和造法性条约。契约性条约是规定国家之间关于特定事项的权利义务的条约,一般采取双边条约的形式,如两国之间的贸易、交通条约。造法性条约是多个国家参加的、以制定某种共同行为规则为目的,并以这种规则为内容的条约,这种条约一般采取多边条约的形式,如《外交关系法公约》、《海洋法公约》、《联合国宪章》等。

一些人认为只有“造法性条约”才是国际法的渊源,而“契约性条约”不是国际法的渊源。但是多数学者认为,只要条约为参加条约的国家创设了权利和义务,它就是法律。条约,无论是双边的还是多边的,只要它们扩充着或编纂着既存的规则,都应视为国际法的渊源。按照“条约只拘束缔约国”的国际法原则,不论是契约性条约还是造法性条约,一般情况下都只适用于缔约国。对于缔约国来说,在国际法上条约就是他们必须遵守的法律。但是,第三国没有义务遵守条约,因为在国际上任何国家都无权为全体国家立法并迫使他们遵守。

三、国际习惯

国际习惯是非常古老的国际法渊源,是指各国重复类似的行为而具有法律约束力的行为规则。

国际习惯的构成必须同时具备两个要素:一个是存在各国的反复和前后一致的实践,即所谓“惯例”;一个是被各国认为有法律拘束力,即所谓“法律确信”。前者是客观因素,或称物质因素,后者是主观因素,或称心理因素。物质因素要求各国存在重复类似行为,即各国的重复类似行为在时间上的连续适用,空间上的普遍使用,数量上的多次重复和方式上的对同类问题采取一致的做法;心理因素也就是存在的通例已被各国接受为法律。各国的“心理因素”是形成国际习惯的关键,也是国际习惯具有法律拘束力的直接原因。

国际习惯与条约不同,前者是成文的,后者是不成文的。为查明一个国际法的习惯规则,要从三个方面去寻找国际习惯法的存在依据:①国家间的外交实践,表现为条约、宣言及各种外交文书;②国际组织和机构的实践,表现为它们的决议、决定和判决;③国家内的实践,表现为国内法规、判决、行政命令等等。必须查找到被各国承认为具有法律约束力的充分证据,才可以成为国际习惯。

四、一般法律原则

国际法院规约“一般法律原则为文明各国所承认者”,对一般法律原则有三种较有代表性的解释:①认为一般法律原则是一般国际法原则;②认为一般法律原则是“一般法律意识”所产生的原则;③认为一般法律原则是各国法律体系所共有的原则。其中,第三种解释较为合理。

一般法律原则是国际法的补充渊源,是在没有条约和习惯的情况下所适用的法律。一般法律原则来自各个法律体系中所共有的那些原则。如善意、时效、禁止反言等原则,这些原则就构成一般法律原则,用于填补法庭判案时没有相应的条约和习惯的空白。对于“一般法律原则”,规约第38条有一个限制,即“为文明各国所承认者”。这里的“文明各国”正确的理解应指国际社会的各主权国家;至于“承认”,因为包含有共同原则的各国法律体系已经体现了各国的意志,实际上已经承认了这些原则,所以可以理解为无需各国另外再作承认。事实上,一般法律原则数目不多,也很少为国际法院及国际仲裁法庭单独适用,他们在国际判案中的作用是有限的。