

高等政法院校法学主干课程教材

司法部法学教材编辑部编审

国际法

(2007年修订版)

周洪钧 ◆ 主编

高等政法院校法学主干课程教材

国际法

(2007年修订版)

司法部法学教材编辑部编审

主 编 周洪钧

副主编 黄亚英

撰写人 (以撰写章节先后为序)

周洪钧 马呈元 黄亚英

丁丽柏 杨泽伟



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法/周洪钧主编. —北京:中国政法大学出版社, 1999.6

高等政法院校法学主干课程教材

ISBN 7-5620-1874-X

I. 国... II. 周... III. 国际法-高等学校-教材 IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 24065 号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16 开本 21.25 印张 385 千字

2007 年 1 月修订版 2007 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1874-X/D·1834

定价:28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

- 周洪钧** 华东政法学院国际法教授,中国国际法学会常务理事,已发表专著、译著、教材多种,主要有:《国际经济法新论》三卷本(任主编之一)、《国际法论》(主编)、《国际经济组织法概论》(个人专著)、《国际公法学》(任主编之一)、《对日民间索偿的法律与实务》(主要作者)等。
- 马呈元** 中国政法大学国际法学院教授,副院长,法学博士,已参编、参译并发表专著、译著、教材、论文集多种,主要有:《国际公法》、《国际公法案例评析》、[韩]柳炳华《国际法》(上、下卷)等。
- 黄亚英** 原西北政法学院国际法教研室主任,现深圳大学法学院国际法教授,中国国际法学会理事,担任主编或副主编并已发表的专著、教材、辞书主要有:《国际法》、《国际投资法》、《中国审判实务大辞典》、《中国律师实务全书》等。
- 丁丽柏(女)** 西南政法大学国际法教授,已参编并发表专著及教材多种,主要有:《国际法》、《港澳基本法概论》、《国际法教程》等。
- 杨泽伟** 武汉大学法学院国际法教授,法学博士,已发表不少科研成果,主要有:《新国际经济秩序研究——政治与法律分析》(个人专著)、教材《国际法教程》(主编)、《国际法析论》(个人专著)等。

1999年司法部法学教材编辑部组织撰写,并由中国政法大学出版社推出的全国法学专业主干课程教材之一《国际法》,至今已历时8年。在再版之际,作者们对原书稿作了认真的修订。首先是原先五位作者的分工不变,原书的章节、内容构架基本不变,以力求体现与第一版书稿的延续性。其次是不作大幅度的全面修改,只作必要的修改。在全国范围内各类教材普遍扩容,使教师和学生感到不堪的情况下,本书第二版保持了第一版内容较为简练的特色,文字的数量并未出现显著的添增。对第一版书稿所作的“必要的修改”是指:①针对某些内容,特别是国际法律文件的时效性,补充了一些新的资料,以反映进入新世纪后国际法的真实动态。这是再版修订的重点所在。②针对第一版书稿在编撰、校对、印刷时的错漏,作了较为细致的更正。③按出版社的统一要求,在每一章内容之前加了“学习目的和要求”,特别是指明了该章需要重点掌握的内容。在每一章内容之后附上本章的思考题和参考书目。④对全书的“主要参考书目”,参照国际法研究的新成果作了较大的变动。⑤对“作者简介”,依据1999年后的变动情况作了适当的调整。再版时有关章节内容的变动,由具体作者文责自负。全书由主编作了审阅和修订,并最后定稿。

周洪钧

2007年1月于上海华政园

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求,全面提高法律人才的素质,根据原国家教委关于普通高等学校法学专业开设十四门专业主干课程的通知要求,我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导,按照原国家教委高等学校法学学科教学指导委员会专家论证的意见,吸收国内外法学教育的最新成果,面向 21 世纪的法学教育,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,坚持理论联系实际的原则,努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《国际法》是主干课程教材之一,由周洪钧教授任主编,黄亚英教授任副主编。全书由主编负责统稿、定稿。各章撰稿分工如下:

周洪钧 第一、九、十二章

马呈元 第二、七、十一章

黄亚英 第三、六章

丁丽柏 第四、十章

杨泽伟 第五、八章

责任编辑 李秀云 郝果荣

司法部法学教材编辑部

1999 年 4 月

■第一章 导 论	/ 1
第一节 国际法的概念	/ 1
第二节 国际法的渊源和编纂	/ 6
第三节 国际法与国内法的关系	/ 11
第四节 国际法的历史发展	/ 16
■第二章 国际法的主体	/ 21
第一节 国际法主体概述	/ 21
第二节 国家及其基本权利与义务	/ 26
第三节 国际法上的承认	/ 34
第四节 国际法上的继承	/ 41
第五节 国际法上的国家责任	/ 46
■第三章 国际法上的居民	/ 53
第一节 居民和国籍	/ 53
第二节 外国人的法律地位	/ 64
第三节 引渡和庇护	/ 71
第四节 国际法上的难民	/ 82
■第四章 国家领土	/ 88
第一节 国家领土概述	/ 88
第二节 领土的取得与变更	/ 94
第三节 国界与边境	/ 100
第四节 南极与北极	/ 105
■第五章 海洋法	/ 109
第一节 海洋法概述	/ 109
第二节 内海水与领海	/ 114
第三节 毗连区与专属经济区	/ 119
第四节 大陆架与国际海底区域	/ 123

2 国际法

第五节	用于国际航行的海峡与群岛水域	/ 132
第六节	公海	/ 134
■第六章	空间法	/ 140
第一节	空间法概述	/ 140
第二节	国际航空法	/ 146
第三节	外层空间法	/ 157
■第七章	外交与领事关系法	/ 171
第一节	外交与领事关系法概述	/ 171
第二节	外交机关制度	/ 173
第三节	外交特权与豁免	/ 180
第四节	领事关系法	/ 189
■第八章	国际组织法	/ 197
第一节	国际组织法概述	/ 197
第二节	联合国	/ 205
第三节	专门性国际组织	/ 214
第四节	区域性国际组织	/ 221
■第九章	国际条约法	/ 226
第一节	国际条约概述	/ 226
第二节	条约的缔结	/ 233
第三节	条约的效力	/ 240
第四节	条约的解释与修订	/ 244
■第十章	国际争端法	/ 249
第一节	国际争端法概述	/ 249
第二节	和平解决国际争端的政治方法	/ 254
第三节	和平解决国际争端的法律方法	/ 258
第四节	国际组织与国际争端的解决	/ 266
■第十一章	战争法	/ 269
第一节	战争与战争法概述	/ 269
第二节	战争的法律规则	/ 277
第三节	战争犯罪及其责任	/ 288

■第十二章 国际法的新领域和新发展	/ 293
第一节 国际人权法	/ 293
第二节 国际环境法	/ 302
第三节 国际发展法	/ 313
第四节 国际法上的损害责任	/ 319

■主要参考书目	/ 324
---------	-------

第一章 导 论

■ 学习目的和要求

理解国际法的概念和特征,认清国际法学作为一门独立的法律学科的性质和基本原则,以及产生、编纂、发展的大致过程,明确国际法的渊源,从理论和实践两个方面着重掌握国际法与国内法的不同特点和彼此关系。

第一节 国际法的概念

一、国际法的定义和特征

国际法,又称“国际公法”,英文为 International Law。在西方国家的文献中曾长期用“万民法”来表达调整国家关系的法律,但这一名称并不确切。因为,万民法是罗马法中适用于外国人之间以及罗马人与同罗马有条约关系的外国公民之间的法律,是罗马国内法的组成部分,既包括国际公法的因素,也涉及到国际私法。直至 17 世纪上半期,被西方国际法学者尊为近代国际法奠基者的格劳秀斯(Grotius)仍在他的著作中以万民法表示国际习惯法。1650 年,英国学者苏支(Zouche)用“万国法”取代“万民法”,然而这一名称亦不能准确表达调整国家之间关系的法律的特征,且很容易被误解为是凌驾于国家之上的法律,因此它未得到国际社会的正式采用。1780 年,另一英国学者边沁(Bentham)首先把“万国法”改称为“国际法”,以后逐渐被世界各国普遍采用。

许多国际法学者都试图为国际法下一个定义,以概括国际法的基本含义和本质特征。这些定义数目繁多,反映出对国际法所持的不同立场和不同理解。在西方学者所作的各种国际法定义中,比较典型并在中国影响较大的有《奥本海国际法》第 9 版所述的“是对国家在它们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体”。^{〔1〕}我国学者周鲠生认为,国际法“是在国际交往过程中形成的,各国承认的,表现这些国家统治阶级的意志,在国际关系上对

〔1〕 [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第 9 版),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 3 页。

国家具有法律拘束力的行为规范,包括原则、规则和制度的总体”。^{〔1〕}上述两种定义,都对国际法产生的渠道、适用范围、法律效力及其根据等作了一定的阐述。

综合中、外国际法学者所作国际法定义的各种优点,扬弃其不足之处,国际法的定义应表述为:国际法主要是国家之间的法,它主要是在各国交往中通过协议或认可形成的、协调各国意志的、由国家单独或集体的强制力保证实施的原则、规则和制度的总体。之所以使用“主要”一词,是因为当今国际舞台上除国家外还有其他的参加者。国家是国际法的基本主体,而类似国家的民族独立实体和政府间的国际组织在一定条件下也是国际法的主体。

还须指出的是,不能附和某些西方学者关于国际法是“国际社会的法律”的主张。因为,国际社会固然主要是由国家组成的,但若偏重于国际社会的整体,而不指明组成国际社会的国家,那就有可能使国际法成为一种“超国家法”,或是变为西方一些人士热衷的“人类法”、“世界法”。这些提法的目的都是要改变国际法的性质,使其从国家之间的法律演变为超乎国家之上的法律,从而从根本上否定国际法本身。^{〔2〕}

国际法作为一个特殊的法律体系,同国内法相比,它具有四个显著的特征:

1. 国际法的主体主要是国家。这是国际法最重要的特征。国家具有主权,于是,这决定了国际法是平等者之间的法。正在争取独立的民族实体和政府间国际组织,在特定条件下和范围内,可以同国家一起,成为国际法上权利与义务的直接承受者。而在国内法上,权利与义务的直接承受者主要是自然人和法人。所以,国内法的主体主要是自然人和法人,但自然人和法人都不是国际法的主体。

2. 国际法调整的对象主要是国家之间的关系。国际法的原则、规则和制度应为各国公认并遵守,国际法所调整的事项应具有国际性。而国内法调整的事项一般属于国家内部的社会关系,即自然人、法人相互之间及其与国家之间的关系,通常不具有国际性。国家虽可制定、颁布和施行涉外法律,但此类法律调整的只是具有涉外因素的法律关系,并不以国家之间的关系为调整对象。国内法的适用性往往受到一国地域的限制。

3. 国际法是由两个以上国家或更多的国家通过协议或认可共同制定的。这是因为在国际社会没有一个超国家的立法机关来制定国际法。而国内法是由统一的国家立法机关来制定的。国家只要不违背其所承担的国际

〔1〕 周鲠生:《国际法》(上册),商务印书馆1981年版,第3页。

〔2〕 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第2~4页。

义务,就有权制定该国的各种法规,无须经过他国的同意。由于国际法与国内法的制定方式不同,故而,国际法的渊源主要是国际条约和国际习惯,国内法的渊源则是各项国内立法及其判例。

4. 国际法是由各国单独或集体地采取强制措施来保证其实施的。国内法可通过军队、警察、法庭、监狱等国家强制机关来实现其法律的强制力。在国际社会,没有超国家的强制机关来实施国际法。虽然有联合国国际法院,但它以国家自愿服从其管辖为前提,同国内法院的强制管辖有着本质区别。国际法只能由国家单独(自助、自卫)或集体(别国和国际组织的协助)来采取强制措施,制裁违法者。

二、国际法的法律性质

有的西方学者鉴于国际法具有不同于国内法的特征,尤其是国际法的实施方式与国内法有别,于是怀疑国际法不是真正的法律,称之为国际礼仪或国际道德规范。或者以国际社会没有凌驾于国家之上的立法和执法机关为由,来否定国际法的法律性质,这种观点是站不住脚的。世界上绝大多数国家承认遵守国际法的必要性,并理解其互利性。没有任何国家敢于公开声称它不认为国际法是法律,它的行动可以不受国际法的拘束。相反,各国往往指责别的国家违背或破坏国际法,要求以国际法为基础来处理国家之间的关系,包括《联合国宪章》在内的大量国际文件都规定各国有根据国际法承担的国际义务,不少国家还把遵守国际法列入本国宪法,用国家根本法的形式,肯定国际法的拘束力。

国际法表现强制力的方法与国内法不同,这被一些西方学者宣扬为“弱点”,甚至称国际法为“弱法”,这也是不正确的。从某种意义上讲,国际法的这一特征,不仅不是弱点,反而应被看成是“优点”。^{〔1〕}国际上没有统一的立法机关,正是国际法力量的源泉。国家参与制定国际法,就不会制定那些不利于本国的法律或打算要破坏的法律。即使有些条约或条款对某些国家不一定有利,国家也可以不签署或提出保留。国际上没有统一的执法机关,就会产生各国之间相互牵制的潜在力量。一个国家作出违反国际法、侵害别国利益的行为,就是在国际上树立了一个先例,使得别国可能援引此例来反对它。故而,各国在国际上的行为通常是很慎重的。

为什么国际法具有法律性质,国家以及其他国际法主体为什么都必须受国际法的约束,这涉及到国际法效力的根据究竟是什么。对于这一国际法的基本理论问题,国际法学界的不同学派作出了不同的回答。

自然法学派认为,人类理性和人类法律意识是国际法效力的根据。这一学派盛行于 17 至 18 世纪的欧洲,主要代表人物为德国的普芬道夫

〔1〕 魏敏:《国际法概论》,光明日报出版社 1986 年版,第 13~14 页。

(Pufendorf)。到了19世纪,这一学派遭到越来越多的抨击,与它对立的实在法学派逐渐兴起,终于压倒了自然法学派。实在法学派认为,国际法效力的根据不是抽象的“人类法律意识”,而是实实在在的“国家的共同意志”。由于国际社会不可能存在这种“国家的共同意志”,因而,这一派的基本观点也是错误的。此派学说产生于18世纪,自19世纪末到20世纪初在世界许多国家流行。英国的奥本海(Oppenheim)就属于这一派。格劳秀斯学派又称折衷学派,其代表人物是德国的沃尔夫(Wolff)和瑞士的瓦特爾(Vattel)。这一学派秉承格劳秀斯的主张,认为国际法效力的根据,既是“人类理性”,又是“国家的共同意志”。这一介于自然法学派和实在法学派之间的折衷观点还是不能正确地说明国际法效力的根据。

第一次世界大战后,自然法学派在西方国家中出现了复兴的态势,其突出的表现是产生了“社会连带学派”和“规范学派”等所谓的新自然法学派。社会连带学派认为,一切法律的根据来自社会连带关系,而国际法效力的根据就在于由国际社会的连带关系形成的“各民族的法律良知”。其主要代表人物有法国的狄骥(Duguit)。规范学派认为,国际法和国内法的规范具有不同的等级,每一级规范的效力来自其上一级规范。国际法的规范高于国内法的规范,而最高规范则是由人类的法律意识所产生的“约定必须遵守”。这一派的主要代表人物是美籍奥地利学者凯尔逊(Kelsen)。上述两派至今在西方国家影响仍很大。

在新自然法学派兴起的同时,西方国际法学界也出现了新实在法学派,又称“新现实主义学派”或“新实证主义学派”。主要有两种学说:①权力政治学说,认为国际政治中的“势力均衡”是国际法存在的基础,实际上是把国家权力作为国际法效力的根据;从而错误地把国际法等同于国家的权力。②政策定向学说,认为国家权力既然表现为政策,所以,国际法效力的根据在于国家的对外政策。这一学说也是错误地把国际法与国家政策等同起来。

以上西方各派学说都未能正确说明国际法效力的根据问题。国际法具有拘束力,国家必须遵守国际法,但国家又是国际法的制定者。因此,国际法效力的根据只能在于国家本身。当然,并不是说某个国家的意志或是所谓的各国“共同意志”可以成为国际法效力的根据。国际法效力的根据,应该是国家之间的协议,即各国的协调意志。这是由于:①国际法是国家之间的法律,只有国家之间达成的协议,才能对各国具有拘束力。②国家之间的协议是各国作为国际法的制定者,通过一定的立法程序共同制定的法律文件,从而成为各国都予以遵循的法律规范。③国家之间的协议是各国单独

或集体强制实施国际法的依据。^{〔1〕}事实证明,国家之间,包括社会政治、经济制度相同或不同的国家之间,是可以达成协议并受其拘束的。所以,国家之间的协议构成了国际法效力的根据。

三、国际法的基本原则

可以将国际法的原则分为两类:一类是指导国家在国际关系个别领域的行为准则,另一类是指导国家在全部国际关系中的行为准则。国际法的基本原则,不是个别领域的国际法的具体原则,而是各国公认的,适用于国际法一切领域的,构成国际法基础的重大法律原则。它一般具有三个特征:①得到国际社会的公认。一项行为规则成为国际法的基本原则,必须得到世界各国的同意,才能被各国自觉地遵守,形成普遍的拘束力。任何行为规则,在未获得国际社会公认之前,不管一国或数国如何渲染,都不能成为国际法的基本原则。②适用于国际法的一切领域。国际法的基本原则是对国际关系的各个方面都带有指导作用的行为准则,它是超越国际法各具体领域而具有普遍意义的全面性原则,能够适用于国际法的一切效力范围。而不像公海自由原则,仅涉及各国在公海的权利问题,不涉及国际法的其他领域。③构成国际法的基础。这意味着:一是国际法基本原则是各国进行交往的起码行为准则。世界各国如果无视或不遵守这些原则,就没有正常的国际关系,国际法本身也无从存在。二是国际法的大量具体原则、规则和制度,或是从国际法基本原则引申出来的,或是必须符合国际法基本原则的精神,并受它的制约,否则就是非法的、无效的。

国际法基本原则随着历史的进步和时代的需要逐渐形成和发展起来。1945年生效的《联合国宪章》第2条规定的联合国及其会员国应予遵循的七项原则(详见本书第八章国际组织法第二节),标志着国际法基本原则体系趋于完善。1954年,中国与印度、缅甸共同倡导的和平共处五项原则,即互相尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处这五项原则,已为世界各国普遍接受,构成了现代国际法基本原则体系的重要组成部分。^{〔2〕}互相尊重主权和领土完整原则是和平共处五项原则的第一项,也是最重要的一项,它包括两方面的内容,上半项为互相尊重主权,下半项为互相尊重领土完整。它是指各国应互相尊重国家固有的对内最高权和对对外独立权;互相尊重国家的领土主权,不损害他国领土的完整性。互不侵犯原则是指各国在相互交往中,不得以任何借口进行侵略;不得以违反国际法的任何方式,使用武力或武力威胁,侵犯他国的主权和领土完整;不得以战争作为解决国际争端的手段。互不干涉内政原则是指国家之间在相互关系

〔1〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第8页。

〔2〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第45~51页。

中,不应为实现本国的目的,通过政治、军事、经济、文化等渠道,采用直接或间接的、公开或隐蔽的手段,干预他国主权范围内的事务。平等互利原则是指各国应彼此尊重,在法律上享有平等地位,不以损害他国权益的方法,谋求任何特权和本国的片面利益。和平共处原则是指各国应和平地同时存在、和平地交往和合作,并以和平的方法解决相互间的各种国际争端。

除和平共处五项原则之外,现代国际法上业已确定的基本原则还包括国际合作、民族自决、真诚履行国际义务、和平解决国际争端等其他四项基本原则。国际合作原则是指各国应当在政治、经济、科技、文化等方面相互交流,进行广泛的合作,在国际合作中求得共同发展。民族自决原则是指受到外国奴役和殖民统治的被压迫民族,有自主决定命运,摆脱殖民统治,建立本民族独立国家的权利。真诚履行国际义务原则是指每一个国家应真诚履行联合国宪章规定的各项义务,真诚履行由公认的国际法原则和规则所产生的各项义务,真诚履行其作为缔约国所参加的条约中应承担的各项义务。和平解决国际争端原则是指国家之间在交往和合作过程中,一旦发生争执,有关各方应通过和平的政治方法或法律方法加以解决,任何使用或企图使用武力、武力威胁方法来解决争端的行为,都是违反国际法的。

第二节 国际法的渊源和编纂

一、国际法渊源的含义

对于国际法渊源的含义,有着多种解释。有的认为是指国际法产生的原因,如时代背景或社会需求;有的认为是指国际法形成的基础;还有的认为是指国际法的根据、国际法规范构成的方式,等等。渊源不同于“原因”。渊源是法律问题,“原因”则是事实问题。渊源也不是法律形成的基础,因为法律形成的基础是法律赖以产生和完善的政治、经济和文化关系。渊源与“根据”也不是一回事。因为,法律的根据一般是指法律发生效力的依据。^{〔1〕}

《奥本海国际法》主张:国际法的渊源是指国际法的形式渊源,即国际法的规则产生有效性的方式,而不是指国际法的实质渊源,即某一国际法规则的实质内容的出处(例如特定的条约或其他法律文件)。^{〔2〕}国内有的学者认为,由于国际社会没有类似国内法造法的立法机构,因此国际上不存在“形式渊源”和“实质渊源”的区别。^{〔3〕}周鲠生的看法是,国际法的渊源有两

〔1〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第10、14页。

〔2〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第10、14页。

〔3〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第10、14页。

种含义:①指国际法作为有效法律规范的形成方式;②指国际法的规范第一次出现的地方。^[1] 国内许多学者赞同这一观点。^[2] 综合中、外学者的各种意见,宜将国际法渊源的含义归纳为:国际法规范的形成方式,特别是国际法的原则、规则和制度第一次出现的地方。

一般而言,国际法的渊源主要有两个,即国际条约和国际惯例。但在条约和惯例之外,是否还有其他的国际法渊源则常引起争议。《国际法院规约》第38条第1项规定:“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)不论普遍或特别国际协议,确立诉讼当事国明白承认之规约者。(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)……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”。^[3] 这项规定,没有直接提及国际法的渊源,它列举的是国际法院在裁判案件时所适用的法律。但国际法学界通常认为,这项规定是对国际法渊源的权威性说明。^[4]

二、国际法的主要渊源

(一) 国际条约

《国际法院规约》第38条第1项把国际条约列于首位,显示了国际法院裁判案件时适用国际条约的重要性。国际条约是两个以上国家(或其他国际法主体)规定相互之间权利与义务的书面协议,是一种正式的法律文书。但是并不是所有的条约都是国际法的渊源。凡具有掠夺性、侵略性的不平等条约,自始至终都是非法的、无效的,其与国际法的渊源毫无共同之处。^[5]

在符合现代国际法的规则,特别是不违反现代国际法基本原则的前提下,不论双边条约,还是多边条约,也不论是处理具体问题的,还是制定一般性行为规范的,都是缔约主体的行为准则。但主要是一部分“造法性条约”,即能对国际法的内容具有创设、确认、补充作用的条约,才构成国际法的渊源。而两个或几个国家为特定事项缔结的“契约性条约”,例如,有关贸易、投资、环保、文化、科技、交通、旅游、邮电等方面的事务性协定,由于没有创

[1] 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第11页。

[2] 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版;朱荔荪等:《国际公法》,中央广播电视大学出版社1985年版;富学哲:《国际法教程》,警方教育出版社1991年版;周洪钧:《国际法论》,同济大学出版社1992年版。

[3] 《国际公约与惯例》(国际公法卷),法律出版社1998年版,第616~617页。

[4] 英国学者J. D. 斯塔克在他的《国际法导论》中表明这一观点,但他不赞成“一般法律原则”也被看做国际法渊源之一。参见[英]J. D. 斯塔克:《国际法导论》,赵维田译,法律出版社1984年版,第33页。

[5] 赵理海:《国际法基本理论》,北京大学出版社1990年版,第54页。

设一般的法律规则,且其涉及的特定事项一旦完成,条约的义务便告终止。所以,它们通常不构成国际法的渊源。然而,若契约性条约内某种关于国家特定权利义务的规定,逐步发展成为国际社会普遍接受的原则,那么,也不排除这一些条约成为国际法渊源的可能性。

(二) 国际习惯

又称“国际惯例”,是指在国际交往中,经反复实践逐渐形成的不成文的行为规则。国际交往中的某些做法,起初仅为一些国家所实行,后来则为许多国家所采用,并被反复地实践。这样国际习惯便具备了它应有的第一个要素,即“物质要素”——国际习惯的产生。随后,国际习惯逐步被公认为具有一定的拘束力,从而具备了第二个要素,即“心理要素”——被接受为法律。这种心理要素就是国际法理论上所称的“法律确信”。对于这样一项已具客观和主观两个要素的国际习惯(如尊重和优待外交使节)的破坏,往往受到国际舆论的谴责,甚至招致有关国家的报复。国际习惯是国际法的主要渊源之一,已得到各国学者和国际实践的公认。各类国际习惯的总和,通常被称为“国际习惯法”(International Customary Law)。

作为国际法渊源的国际习惯,早于国际条约而产生。它是随着国际交往的出现而产生,又随着国际交往的发展而演变的。在相当长的时期内,国际法许多领域的规则,如战争法、外交法、领事法、海洋法等领域的规则,最初都是以国际习惯的形式出现的。一般来说,国际习惯形成的过程是漫长的,有的需要几十年甚至几百年以上。但并不是每一项国际习惯的形成都要经历那么长的时间,特别是在现代,国际交往便利而频繁,国际习惯有可能在较短时间内形成。例如,外层空间法领域的某些规则和制度,因许多国家迅速实施类似行为,从而成为国际习惯法的原则。^{〔1〕}

三、国际法的其他渊源

(一) 一般法律原则

各国学者对于“一般法律原则”究竟是指哪些法律原则,进行了长期的探讨。归结起来,主要有三种理解:①指一般国际法原则,或是国际法基本原则。②指由一般法律意识所产生的原则,即法官对有关法律问题的理解或认识。③指当今世界各大法律体系所共有的若干原则。应当指出,国际法的一般原则或基本原则,表现于国际条约或国际习惯之中。《国际法院规约》第38条第1项(寅)款在条约和习惯之外,另加一般法律原则,它就不可能是指国际法的一般原则或基本原则。在以不同社会政治、经济制度国家为主要成员的当今国际社会里,也不可能产生难以捉摸的一般法律意识。所以,上述第一、二种理解不能成立。

〔1〕 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第14页。