



高等院校应用型本科“十三五”规划教材·法律类

国际法

GUOJIFA

► 主编 刘 丽 毛俊响 程之胜



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

高等院校应用型本科“十三五”规划教材·法律类

国际法

GUOJIFA

► 主 编 刘 丽 毛俊响 程之胜
► 副主编 王 菁 陈亚芸 蔡志敏
► 参 编 黄赞琴 杨 帅



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

内 容 提 要

国际法是教育部规划的法学专业学生的必修课程。本书为响应对独立学院的应用型人才培养的“厚基础、重实务”的要求,按照国家司法考试大纲编写,重点突出司法考试重点。

本书具有以下特点:

第一,编写内容较为简洁,条理清晰地梳理国际法各章节的基本理论、基础概念和基本知识;

第二,在每章前根据司法考试大纲标明司法考试重点,有助于学生在学习本课程时了解重要知识点;

第三,注重国际法案例的新颖性及其对国际法理解的重要性,有助于学生带着问题去学习;

第四,每章最后配有练习题,囊括了 2002 年至 2014 年的司法考试真题。

总而言之,本书在内容设计上充分考虑司法考试的要求,注重基础理论的阐述与实务能力培养相结合,适用于法学专业学生的课程学习。

图书在版编目(CIP)数据

国际法/刘丽,毛俊响,程之胜主编. —武汉:华中科技大学出版社,2016.7

高等院校应用型本科“十三五”规划教材. 法律类

ISBN 978-7-5680-0895-2

I. ①国… II. ①刘… ②毛… ③程… III. ①国际法-高等学校-教材 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 116370 号

国际法

刘 丽 毛俊响 程之胜 主编

Guojifa

策划编辑:曾 光

责任编辑:李 琴

封面设计:抱 子

责任校对:张 琳

责任监印:朱 玢

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)81321913

录 排:华中科技大学惠友文印中心

印 刷:虎彩印艺股份有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:13.75

字 数:349 千字

版 次:2016 年 7 月第 1 版第 1 次印刷

定 价:32.00 元



华中科大

本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

前言

国际法,或称国际公法,是一门比较古老的学科。人类社会自从有了众多国家并且相互交往形成了国际社会,便开始产生了国际法。伴随着国际政治、国际经济和国际关系的发展,国际社会成员和国际法主体的不断增加,国际法始终没有停止其前进的步伐。国际法又是一门发展比较快的学科,特别是现代国际法的发展尤为迅速。如今,国际法的调整范围已经涵盖了国际社会的方方面面:从战争到和平、政治到经济、贸易到环境保护、外层空间到深海海底、核武器的发展到氟利昂的使用等等,所有这些领域都有国际法的规范。

在当前的形势下,国与国之间的联系日益紧密,国际交往越来越广泛,在这些交往中,国与国之间必须遵守的规则就是国际法。作为联合国安理会常任理事国之一的中国,其国际地位不断得到提升,国际影响力越来越大,与世界的联系也更加紧密。21 世纪以来的国际形势风云变幻,国际关系错综复杂,在这样的国际背景下,中国应进一步抓住机遇,利用可能利用的一切有利条件,实现更大的发展,对世界的和平与发展尽到自己的责任。国际法是国际社会交往的基本准则。中国的发展,需要在国际法的框架内进行。遵循国际法的要求,促进国际法的发展,利用国际法的保障,是中国发展的基本前提和条件。

除此之外,国际法亦是法学专业 14 门核心课程之一,属于法学本科专业必修课。该课程在培养法学专业学生方面,厚基础、宽知识、重实践。学生通过学习该课程,能运用国际法分析一般国际问题。国际法不是一种静态法,它处于不断变化之中,其内涵与外延随着国际形势的发展、随着国际法理论与实践的发展而不断丰富与扩展。鉴于此,国际法的教材需要反映出 21 世纪以来涌现出的一些具有重要影响的新理念和新观点。

尽管目前国际法教材很多,但目前这些教材存在的一个普遍问题是引用的都是比较老的案例,这些案例虽然经典,对国际法的发展产生过较大的影响,但 21 世纪以来的一些体现国际法新发展的案例却未能在现有教材中反映出来。另外,国际刑法、国际人权法、国际人道法、国际环境法等部门法的发展,大大充实了国际法的内容。

本书由刘丽(武汉学院)、毛俊响(中南大学)、程之胜(黄冈师范学院)担任主编,由王菁(武汉学院)、陈亚芸(河南大学)、蔡志敏(武汉警官职业学院)担任副主编,另外黄贇琴(中共重庆市委党校)、杨帅(北京第二外国语学院)也参与编写。本书由刘丽整理并统稿。

本书为响应对独立学院的应用型人才培养的“厚基础、重实务”的要求,重点突出司法考试重点,在内容设计上充分考虑司法考试的要求,注重基础理论阐述与实务能力培养相结合,适用于法学专业学生的课程学习。

目录

第一章 导论	(1)
第一节 国际法的概念	(3)
第二节 国际法的主体	(5)
第三节 国际法的渊源	(8)
第四节 国际法的效力根据	(9)
第五节 国际法与国内法的关系	(12)
第六节 国际法的基本原则	(15)
课后练习	(20)
第二章 国家	(23)
第一节 国家的要素和类型	(25)
第二节 国家的基本权利	(28)
第三节 国际法上的承认	(32)
第四节 国际法上的继承	(34)
课后练习	(37)
第三章 国际法上的个人	(39)
第一节 国籍	(41)
第二节 外国人的法律地位	(45)
第三节 引渡与庇护	(47)
第四节 难民的法律地位	(49)
课后练习	(50)
第四章 国际法律责任	(55)
第一节 国际法律责任的概念与特征	(57)
第二节 国际法律责任的构成要件	(58)
第三节 国际法律责任的免除	(61)
第四节 国际法律责任的形式	(62)
第五节 国际刑事责任问题	(64)
课后练习	(65)

第五章 领土法	(67)
第一节 概述	(69)
第二节 领土的取得与变更方式	(72)
第三节 边界与边境制度	(75)
第四节 南北极地区的法律地位	(77)
课后练习	(78)
第六章 海洋法	(81)
第一节 概述	(83)
第二节 内海及有关制度	(85)
第三节 领海及毗连区	(86)
第四节 专属经济区和大陆架	(88)
第五节 群岛水域及国际海峡	(90)
第六节 公海与国际海底区域	(91)
课后练习	(92)
第七章 空间法	(95)
第一节 国际航空法	(97)
第二节 外层空间法	(103)
课后练习	(109)
第八章 国际环境法	(111)
第一节 国际环境法概述	(113)
第二节 国际环境法的基本原则	(115)
第三节 国际环境法的主要内容	(117)
第四节 中国与国际环境法律实践	(120)
课后练习	(121)
第九章 外交和领事关系法	(123)
第一节 概述	(125)
第二节 外交关系法	(126)
第三节 领事关系法	(134)
课后练习	(139)
第十章 条约法	(143)
第一节 概述	(145)
第二节 条约的缔结	(147)
第三节 条约的效力	(149)
第四节 条约的解释和修订	(151)
课后练习	(153)
第十一章 国际组织法	(155)
第一节 概述	(157)

第二节 联合国体系	(160)
第三节 区域性国际组织	(166)
课后练习	(169)
第十二章 国际人权法	(171)
第一节 概述	(173)
第二节 国际人权条约体系	(174)
第三节 国际人权保护机制	(176)
课后练习	(179)
第十三章 国际争端解决法	(181)
第一节 概述	(183)
第二节 国际争端的政治解决方法	(184)
第三节 国际争端的法律解决方法	(185)
课后练习	(190)
第十四章 战争与武装冲突法	(193)
第一节 概述	(195)
第二节 战争状态与战时中立	(196)
第三节 对作战手段和方法的限制	(198)
第四节 国际人道法	(202)
第五节 战争犯罪	(205)
课后练习	(207)
参考答案	(209)
参考文献	(212)

DIYIZHANG
第一章
导论





司考基本要求

了解:国际法的特征、国际法与国内法的关系。

理解:国际法的各项基本原则。

熟悉:国际法的渊源,国际法在我国国内法律制度中的地位。



对尼加拉瓜进行军事和准军事行动案

从1984年2月开始,在美国的资助和直接参与下,尼加拉瓜反政府武装组织在尼加拉瓜几个重要港口布设水雷,在短短两个月里就造成8艘外国船舶和5艘尼加拉瓜船舶触雷。美国还支持尼反政府武装攻击尼加拉瓜港口、石油设施等。为此,尼加拉瓜于1984年4月9日向国际法院提出申请,控告美国在其港口布雷、出动飞机袭击尼加拉瓜石油设施和港口以及进行其他军事和准军事活动违反了若干国际文件以及国际习惯法。

问题:国际法院在审理该案件时可适用的法律有哪些?本案中美国的行为是否违反了国际法基本原则?如果有,违反了哪些国际法基本原则?

第一节 国际法的概念

一、国际法的名称

国际法的命名,最初在西方文献中是以拉丁文 *jus gentium* 的名称出现。*Jus gentium*, 汉译为万民法,原来是古代罗马法中市民法(*jus civile*)的名称。在古代罗马,*jus civile* 只适用于罗马公民,而 *jus gentium* 则适用于外国人以及外国人和罗马公民间的关系;但是 *jus civile* 和 *jus gentium* 当时都属于罗马的国内法。

直到近代,欧洲一些学者在研究调整国家相互关系的行为规则时,使用了 *jus gentium* 这一称呼。特别是格老秀斯于1625年出版的《战争与和平法》(*jure belli ac pacis*),其中即使用 *jus gentium* 来称呼规范国际关系的原则与规则,于是 *jus gentium* 由国内法转用于国家间的法律。这时,它已不是原来意义的万民法,而是新兴的万国法。同时,拉丁文的 *jus gentium* 译为英文的 *Law of nations*。之后,各国把这个名词转译为各国的文字,普遍流传。

18世纪末,英国的法理学家边沁(Jeremy Bentham, 1748—1832)建议改用 *International Law* 替代 *Law of nations*,受到许多学者一致赞同,*International Law* 逐渐被普遍采用。但是, *Law of nations* 与 *International Law* 两词还是被学者们交错使用,大家认为这两个词异而义同。

与 *International Law* 意义完全相同的另一名词是国际公法(*international public Law* 或 *public international Law*)。关于国际公法这个名词的来历,主要有两种说法:第一种说法是,从国际关系的角度看,既然国际法调整的对象是国家之间的关系,而国家之间的关系是“公”的关系,因此,国际法也称“国际公法”。第二种说法是,国际法之所以称为国际公法,是因为尚有“国

国际私法”这个名词存在。由于国际私法是另一种法律的名称,所以在国际法这个名称中加上一个“公”字,以示区别。

中文的“国际法”名称通行于我国,也有一个过程。一百年前左右,我国对国际法习称为万国公法或公法。最典型的例子如:清朝同治和光绪年间,北京同文馆汉译美国人惠顿(Henry Wheaton,1785—1848)的《国际法基本原理》(Elements of International Law,1836),定名为《万国公法》;汉译美国人吴尔玺(F. D. Wolsey)的《国际公法研究》(Introduction to the study of International Law),定名为《公法便览》;汉译瑞士人步伦执礼(Bluntschli)的《国际法典》(Le droit international codifié),定名为《公法会通》。国际法与国际公法的名称直到清朝末年才从日本传入。

二、国际法的概念和特征

国际法是指国际法主体在国际交往中形成的,用于调整国际关系(主要是国家间关系)的,有法律约束力的原则、规则和制度的总称。

国际法具有以下特征。

(1) 国际法律关系的主体主要是国家,除国家之外,还有类似国家的政治实体以及国家组成的国际组织,在一定条件下和在一定范围内,它们也是国际法的主体。

(2) 国际法的制定者主要是国家,国家通过国际条约与国际会议或其他方式制定国际法原则、规则,建立国际法的规章制度。

(3) 在强制实施法律方面,国际法也不同于国内法。在国内,国家依靠一套有组织的强制机关(法院、警察、军队等)来强制实施法律。而在国际上,则不存在这样的有组织的强制机关来强制实施国际法。国际法的实施主要是依靠国际法主体——国家本身的行动。固然,在国际上也有国际法院和其他国际裁判或仲裁法庭,但是,它们都没有强制管辖权。虽然《联合国宪章》有关于执行行动(action of enforcement)的规定,但是它没有也不可能有强制实施国际法的作用。

(4) 国际法制定的程序也与国内法迥异。国内法完全是由一个国家内部的统治阶级通过其立法机关制定(从法案的提出、讨论、通过、公布到施行)的。而国际法则是由各主权国家在国际交往中,经过绝大多数国家的公认,才正式成为国际法规范的。

由于国际法的这些特征,有些学者以此为理由,认为国际法的强制力不如国内法,甚至有人因此否定国际法的法律性质,其实,所谓国际法的强制力弱于国内法的强制力,只表现在形式上。二者之所以在形式上表现出强弱之别,是因为:国内法是由国家的强制机关来予以执行,而国际法则是依靠国际法主体本身的行动。但就法律效果而言,二者的强制力是没有强、弱之分的。事实上,世界各国都公开承认国际法作为法律的存在,各国政府在国际关系中都要遵从国际法原则、规则,都要遵行国际法的规章制度。如果否定国际法的法律性质,国际法的原则、规则和规章制度将失去法律的拘束力,正常的国际交往就无法进行,国际社会的安全与和平也无法维持。

三、国际法的性质

国际法主要是用于约束国家、调整国家之间的关系的法律。但由于在国际上不存在有组织的超越国家之上的立法机关和执行机关来统一制定和强制执行国际法,所以国际法的制定者主

要是国家,国际法的强制实施也主要是靠国家本身单独或集体的行动。因此有人提出了国际法是不是法律的问题。

早期的法学家曾经否定国际法的法律性质,而把国际法称为“实在道德”或“国际礼让”。问题在于法律的定义,如果把法律与国内法相等同,国际法就不是法律,因为国际法在许多方面与国内法是不同的。但是,法律是对社会成员的行为有强制力量的规则的总体,那么法律就不限于国内法。

(1) 国际社会虽然没有像国内那样的立法机关来制定法律,但可以通过其他方式,例如条约等,创造国际社会成员(主要是国家)的行为规则。

(2) 国际社会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促使国际社会的成员自觉地遵守国际法的原则、规则和制度,国际法规则对国际社会的成员是有法律拘束力的。

(3) 从现实需要来看,国家之间的关系也需要国际法的原则、规则和制度来加以调整,否则国际秩序将无法维持,特别是在国家之间相互依赖的关系越来越密切的时候,遵守国际法更具有迫切性。

(4) 在实践中,各国政府都毫无例外地承认国际法是对国家有拘束力的法律。没有一个国家、政府公然宣称不受国际法的拘束。即使在违反国际法的场合,各国也要从国际法的角度为自己的行为做辩护,尽管这种辩护是属于掩饰性质的。国际法遭到重大的破坏,例如武装侵略或侵略战争,只是少数的例外。国际法并不会因为严重违反行为的发生就失去它作为法律的性质。对于违法行为,行为国不仅应负法律上的责任,而且还可能受到法律的制裁,尽管有时制裁不是强有力和令人满意的。

第二节 国际法的主体

一、国际法主体的概念

国际法的主体,是指独立参加国际关系并直接在国际法上享受权利和承担义务,并具有独立进行国际求偿能力者。

国际法主体具有以下特征。

(1) 独立参加国际关系的能力。这是国际法主体的基本特征,国际法是调整国际关系的法律,其主体既参与此等法律的制定,又受其调整与约束。因此,国际法的主体必须具有独立参与各种国际关系的能力,否则就谈不上承受国际法上权利和义务的能力。

(2) 直接享受国际权利和义务的能力。这是国际法主体的重要特征。当代国际社会,除国家、国际组织外,还有一些实体,如跨国公司,甚至个人,它们也承受某些国际权利和义务,但它们并不是直接承受国际权利和义务,它们所承受的国际权利和义务基本是国家授予的。具体而言,跨国公司会与国家进行商业往来,但是这种商业关系不是国际法上的国际关系,而是根据该国的国内法,或是依据双方协议的第三国的国内法而产生的权利和义务关系。

(3) 独立进行国际求偿的能力。国际求偿能力或“国际程序能力”,是指在国际权利遭受侵犯或国际法遭到违反时,在国际机构有提出申诉的能力。美国轰炸中国驻南斯拉夫大使馆,要求赔偿进行道歉是毫无疑问的。自1949年国际法院向联合国大会发表有关“为UN服务而受

损害的赔偿问题”的咨询意见之后,国际组织是否具备国际法资格这一问题得到了详细介绍。国际求偿能力逐渐得到国际社会的承认。

二、国际法主体的发展

(一) 强权性质

近代国际法的形成过程中,源于欧洲的国际法具有强烈的排他性。它把欧洲以外的美、亚、非各洲排除在适用国际法的国际社会之外,称非基督教各国为非“文明”国家。因此,传统国际法上的主体概念具有强权性质。

(二) 非主权者莫属的排他性

随着国际社会的发展,国际法的适用逐步扩至美洲和澳洲各国,直到 19 世纪中叶,才开始接受非基督教国家作为国际法主体,加入国际社会。虽然国际法主体不断增加,但在 20 世纪以前只承认国家是国际法上唯一的主体,因此,国际法的主体具有非主权者莫属的排他性。

(三) 多样性

第一次世界大战以来,尤其是第二次世界大战之后,国际关系发生了巨大变化。各种类型的政府间组织如雨后春笋,迅速增长。民族解放运动蓬勃高涨,于是,国际法主体的概念随之更新,其范围随之扩展。作为非殖民化的结果,一大批殖民地纷纷独立,加入了国际法上主体的行列。另外,鉴于争取独立民族的特殊地位和政府间国际组织在现代国际关系中的实际作用,它们作为国际法上特殊的法律人格者,已得到普遍公认。因此,与过去相比,现代国际法主体不仅在数量上迅猛增长,包括地球上所有的国家,而且在类型上由单一化向多样化发展,除了主权的集合体外,还包括准主权体的民族解放组织和非主体的政府间国际组织,这一发展是现代国际法的一个重要标志。

综上所述,当代国际法主体包括国家、争取独立的民族和政府间国际组织。但是,这些不同的主体,承受国际法的权利和义务的能力是有差别的。国家是一个主权体,具有完全的权利能力和行为能力,其他主体只具有有限的权利能力和行为能力,因此,它们在国际法中的地位是有差别的。国家是国际法的基本主体,而国际组织和争取独立的民族,只能在一定条件下和一定范围内才是国际法的主体。

三、国际法主体的种类

(一) 国家是国际法的基本主体

现代国际法主体的种类在学理上尚有争议。但是,国家是国际法的基本主体,这是普遍公认的。这主要基于以下两个原因。

1. 现代国际关系的基本关系是国家间的关系

尽管现代国际关系层次颇多,但是最基本的仍是国家间的关系,离开了国家间的关系,就无真正的国际关系可言。而国际法主要是调整国际关系的,因此,国际法也是主要调整国家间关系的,它的主要内容是国家间关系的原则、规则和规章制度。而且国际法的形成与发展,无论是习惯法还是成文法,主要通过国家的实践得以实现。

2. 国家具有完全的权利能力和行为能力

在国际法律秩序中,只有国家拥有完全的、独立的法律权利能力和行为能力。

综上所述,国家是国际法的基本主体,否定这一观点,构成了对国际法的根本否定。

(二) 争取独立的民族的国际法主体资格

第二次世界大战以后,民族解放运动高涨,争取独立的民族以国际法主体的资格活跃在国际舞台,一方面扩大了国际法主体的范围,另一方面扩展了国际法适用的空间。争取独立的民族之所以具有国际法主体的资格,是因为民族自决原则是法律依据。根据民族自决原则,这些被压迫民族在争取民族独立的过程中,可以派遣代表同其他国家进行谈判,参加国际组织和国际会议,签订国际协定,同时,争取独立的民族在解放战争中享受战争法的保护,因此能享受国际法上的权利和义务。

应该注意的是,争取独立的民族虽有国际法主体的资格,但与国家相比,它的权利能力和行为能力都有一定的局限性。

(三) 国际组织的国际法主体资格

国际组织作为现代国家相互依存、彼此协作的一种法律形式,其活动涉及人类生活的各个方面。它们既是现代国际关系的重要参与者,又是必不可少的调节者。现在,国际组织的国际法主体资格不仅在学理上已得到基本共识,而且也被各种国际法律文件所证实。之所以被认可为国际法主体,有以下几个方面的原因。

1. 国际组织在一定范围内有独立参与国际法律关系的能力

所谓“在一定范围内”,是指在其组织约章规定的职权范围之内,有权参加国际法律关系。国际组织具有与其成员国相区别的法律人格,是根据其组织约章而成立的独立实体,具有依法独立参加国际法律关系的能力。

2. 国际组织在其职权范围内具有国际上的权利能力和行为能力

国际组织有权与其他国际法主体交往,建立正式关系,派遣和接受外交代表,缔结双边或多边条约,享受外交特权与豁免权等。此外,像联合国这样一类国际组织,还享有直接提起诉讼和要求赔偿的能力。

(四) 个人的国际法主体资格

个人在国际法上的主体资格问题存在争论。

个人主体论者认为,国际法的权利和义务可以直接及于个人,因为国际法调整的国家行为实际上是个人以国家机关代表的身份所做的活动,国家的权利和义务是通过个人来体现的,所以,国家的权利和义务终究是组成国家的个人的权利和义务。个人是一切法律体系的最后单位,是组成国家的基本粒子,是国内法同时也是国际法的主体。他们的论点主要有:①外交代表享有外交特权和豁免权;②个人犯国际罪行的惩处;③人权的国际保护;④个人在国际法庭上的诉讼权,等等。

但绝大多数中国的国际法学者,例如,周鲠生、王铁崖、赵理海等,包括作者在内,他们都一致主张个人不是国际法的主体,而是国际法的客体,是国际法调整的对象。主张个人不是国际法的主体而是客体的基本理论是,在国际法与个人之间存在着国家,无论自然人或法人,都是处于国家的主权之下,受它管辖。一般来说,个人不能参加国际关系,直接享受国际法上的权利和承担国际法上的义务。国际法上的权利和义务只有通过国家才能及于个人,或者国际法转化为国内法,由国内法贯彻到个人。因此,个人不具备国际法主体的资格。

第三节 国际法的渊源

一、国际法渊源的涵义

关于国际法渊源的涵义,主要有两种解释。一种是国际法作为有效法律规范所形成的地方,即“严格法律意义上的国际法渊源”,这种渊源被认为是主要的国际法渊源。另一种是国际法规范第一次出现的地方,即“广泛历史意义上的国家法渊源”,这种渊源被认为是辅助性的国际法渊源。^①

二、《国际法院规约》第 38 条

《国际法院规约》第 38 条规定了国际法院在审理案件时应当使用的法律,这一般被认为是对国际法渊源的权威说明,该条规定如下:

(1) 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约,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。

(2) 前项规定不妨碍法院经当事国同意本着“公允善良”原则裁判案件之权。

三、国际法渊源的主要内容

(一) 主要渊源

1. 国际条约

国际条约是指国际法主体之间以国际法为准则而缔结的确立其相互权利和义务的书面协议。

国际条约有普通与特别之分。所谓普通条约,在数量上是指包括各主要国家在内的多数国家甚至几乎所有国家参加的普遍性条约,而在内容上则是指确立或更改一般国际行为规范的造法性条约;所谓特别条约,在数量上是指两个或两个以上少数国家缔结的条约,而在内容上则是指就特定事项规定缔约国间具体权利义务的所谓契约性条约。造法性条约由于缔约国数量多,而且内容多涉及国际法的一般行为规范,因而很容易形成一般适用的规则,表现为所谓一般的国际法,但它们仍然只能对缔约国有约束力。而契约性条约,多为双边条约,它只能形成缔约国的行为规则,具有明显的特殊性,很难成为普遍适用的规则。但如果契约性条约的内容包含一般条约的内容或被其他条约反复运用,也有可能成为一般国际法规范。

2. 国际习惯

国际习惯,“作为通例之证明而经接受为法律者”,即各国在交往实践中形成的一种有法律约束力的行为规则,是各国重复类似的行为而具有法律拘束力的结果。构成国际习惯必须满足以下两个因素:

^① 梁西,《国际法》,武汉大学出版社,2011 年第 3 版,第 36 页。

(1) 物质因素,通例的存在,即各国反复进行的类似的行为;

(2) 心理因素,被各国公认具有法律拘束力。

如果通例经过一段时间被各国公认具有法律拘束力,它就转变为国际习惯。

国际习惯是不成文的,没有专门的法律文件来表现国际习惯的原则、规则与规章制度。因此,为了查明国际习惯法,就必须寻找国际法的证据,这些证据也应当在国际关系的时间中去查找。

(1) 国家之间的外交关系,表现在条约、宣言和声明以及有关的各种外交文书。

(2) 国际机构的实践,表现在决议和判决等。(如 IGO 的决议,国际法院的判决)

(3) 国家内部行为,表现在国内法规、判决、行政命令等。

以上三种情况所表现的种种表明国家的实践和国家的意志,从而构成国际习惯法的证据。如果查找不到证据,那么一项国际习惯法则不能确立。

(二) 辅助性渊源

1. 一般法律原则

所谓一般法律原则可以理解为各国法律体系中所包含的共同的原理。一般法律原则在国际法上并不是占有重要地位的。尽管有些西方国际法学者强调一般法律原则的作用,特别主张国际法院增加一般法律原则的适用,但实际上,国际法院以及国际仲裁法庭在它们裁判或裁决案件都很少使用一般法律原则。

2. 司法判例与权威公法学家学说

司法判例包括国际司法判例与国内司法判例,但两者情况有所不同。国际司法判例主要是指国际法院的判例,也包括各种形式的国际仲裁法庭的裁决在内。但法院的判决在原则上:①只对案件当事国有拘束力;②只对本案有拘束力,而对于以后发生的案件,即使是类似的,也无拘束力。至于国内法院的判例,仅仅对国际法的形成产生一定的影响。如果许多国家通过司法判例表现出同样的国际法观点,那么,它们对于国际法的形成就有重大的意义。因此,国内司法判例也被认为是“确定法律原则之辅助资料”。

所谓权威公法学家学说是指各国研究和精通国际法的代表各国最高水平的国际公法学家的权威性著作。权威公法学家的学说对国际法的适用和发展有辅助作用,对阐明和论证国际法的原则和规则有一定的帮助,所以国际法院在某些案件的判决中仍然会提及公法学家的学说。

3. 国际组织的决议

近几十年来国际组织大量增加和作用不断扩大,引发了国际组织的决议在国际法的渊源中的地位问题。特别是像联合国这样重要的世界性国际政治组织,它的主要机关的决议,例如联合国大会的决议,不仅在国际政治上有重大的影响,而且在国际法上也有重要的意义。联合国大会即使不直接拘束国家,但是,特别是在一致通过或压倒大多数通过的情形下,它们所表现的国际法原则、规则或制度,对于国际法的形成和发展也是起重要作用的。

第四节 国际法的效力根据

一、概述

所谓国际法的效力根据,是指国际法依据什么而对国家有拘束的效力。关于国际法的效力

根据,不同的学派有不同的观点。

自早期至 20 世纪初主要是自然法学派与实在法学派之争。由于早期国际法受神学与自然法的影响,自然法学派占优势。17—18 世纪,自然法学派在欧洲特别盛行。后来实在法学派逐渐得势,至 19 世纪,实在法学派取代了自然法学派的地位。需要指明,长期以来,自然法学派与实在法学派之间还有所谓“折衷学派”,他们企图调和这两个学派的主张。实际上,他们各有所偏重,或偏重自然法,或偏重实在法。至 19 世纪末,实在法学派终于占压倒性的优势。第一次世界大战以后,出现了社会连带法学派,在法律学界与国际法学界影响较广。20 世纪 20 年代,在批评实在法学派中崛起的、至今还有一定影响的规范法学派,实际上它没有离开自然法,因此,也有人称之为新自然法学派。在西方国际法学界中,在新自然法学派兴起的同时,又出现新现实主义学派,为帝国主义的强权政治服务,为帝国主义的侵略政策与战争政策服务。

二、各学派的学说

1. 自然法学派

这个学派否认有任何实在的国际法,他们用自然法的观点来看待国家之间的关系,认为国际法之所以有效力,是因为国际法是以自然法为依据的。这个学派的早期代表人物是德意志人普芬多夫(Samuel Pufendorf, 1632—1694),他断言,自然法是国际法唯一的根据,国际法中只包含自然法,而不包括依据一般同意的部分。所以,国际法不能求之于国际交涉的记录中,而应该依哲学的方法或从国家的本性及其存在的目的上去推求。普芬多夫认为,在这个国际自然法(natural law of nations)之外,并不存在什么具有真实法律效力的国际意志法或实在法。

这个学派还提出一些自然法的概念,如:人类良知、人类理性、人类法律意识,等等,作为国际法效力的根据。这些都是抽象的概念,其结果使国际法本身抽象化,使国际法趋于神化。

2. 实在法学派

这个学派认为国际法效力的根据是现实的“国家意志”,也就是各国都同意表现在国际习惯与国际条约中。在 17—18 世纪已有学者如宾刻舒克(Bynkershok, 1673—1743)开始主张实在法学说,认为国际法的根据是各国都同意表现在国际习惯与国际条约中。在这个学派看来,在现实世界中起作用的是国家的意志。国家所同意的原则、规则和规章制度对国家有拘束力,从而成为国际法原则、规则和规章制度。他们从国家订立的条约、国家颁发的文件等中去发现国家的意志。这个学派认为,国际法原则与规则之所以有拘束力,就是因为国家自己承认它们,他们肯定,“公认”是国际法的唯一基础。

这个学派把国际法效力的根据归结于国家的意志,假定各国的意志合而成为“共同意志”,或者强调每个国家的意志是决定的因素。但是,国家之间,特别是不同社会经济制度的国家之间,是不可能“共同意志”的;另一方面,如果强调了每个国家的意志,则使国际法服从于每个国家的意志,使每个国家支配国际法,从而也从根本上否定了国际法的效力。

3. 社会连带法学派

这个学派的主导思想可溯源于法国有名的公法学家狄骥(Duguit, 1859—1928)的法律理论。狄骥认为一切法律的根据在于社会连带(solidarite sociale)这一客观事实,通过人类法律良知,社会规则实现为法律规则,而对社会的个人具有强制性。简言之,法律不是什么国家创造的,法律是根据社会连带这一客观事实而产生的。狄骥的学说根本否定国家主权、国家人格和国家意志等传统的公法观念。他以这种社会连带来说明国内法效力的根据,同时也推展适用于