

国际法讲义

第一分册

上海社会科学院法学研究所

国际法研究室编印

一九八一年一月

前 言

这套国际法讲义是为上海社会科学院法学研究所法学讲习班授课之用而编写的。我们编写这部讲义时，力求做到实事求是，尊重科学，尊重客观实际，并同时注意到我们的教学对象学习法律科学的特殊情况，着重于法学基本知识的传授和这门学科的系统性叙述，使初学者经过学习，能对国际法有比较基本的和全面的理解。

由于资料和编写水平有限，时间又较仓促，挂一漏万，在所难免，差错之处，诚恳地希望同志们指正与批评。

目 录

第一章	导 论
第二章	现代国际法的基本原则
第三章	国际法主体
第四章	承认、继承和国家责任
第五章	居 民
第六章	领土(包括海洋法、航空和外层空间法)
第七章	条 约
第八章	外交关系和领事关系法
第九章	国际会议与国际组织(着重联合国)
第十章	和平解决国际争端的方法
第十一章	中立法规
第十二章	战争法规

上海社会科学院 法学研究所

国际法研究室

1981年1月

(卢莹辉编写 周子亚增订)

第一章 导 论

第一节 国际法的概念	1-1
第二节 国际法的渊源	1-3
第三节 国际法与国内法的关系	1-7
第四节 国际法与国际私法	1-11
第五节 国际法的历史发展(国际法学派别)	1-13

第一章 导 论

第一节 国际法的概念

国际法的名称

国际法一词在西方文献中最初以拉丁文 *jus gentium* 的名称出现，译作“万民法”，但“万民法”原属罗马法体系，与当时的“市民法”(*jus civile*)相对称。在罗马，“市民法”只适用于罗马公民之间，而“万民法”则适用于外国人及其财产以及外国人和罗马公民之间。两者都属于罗马的国内法。

欧洲学者在著作中开始使用 *jus gentium* 这个名称始于格劳秀斯(Hugo Grotius)他在1625年出版的经典著作《战争与和平法》(*De jure belli ac Pacis*)一书中，使用 *jus gentium* 这一名词来称呼规律国际关系的意志法。

以后，国际法又称 *jus inter gentes* (万国之间的法)即万国公法(*law of nations*)，法文为(*droit des gens*)，德文为(*Völkerrecht*)。

1802年，英国哲学家边沁(Bentham)提出用“国际法”(International law)这一名称。从此，法文转译为(*droit international*)，德文为(*Internationales recht*)，西班牙文为(*derecho internacional*)，俄文为(*Международное право*)。有的国际法学者将国际法称为“国际公法”(Public International law)以别于国际私法。

上面两种名称 *Law of Nations*(万国公法)和 *International Law* (国际法或国际公法)至今仍然交替使用。

国际法的定义和特征

国际法的基本概念是指国家在国际关系中的行为规则。作为一门法律科学，其定义为：国际法是国家在国际交往中，根据各自的

国家利益，通过协议的方式认可或制定的具有法律约束力的行为规范，这种行为规范为各国所公认，包括国际法的原则、规则和制度。

这个定义可以表明国际法的下列几点特征：

(1) 国际法的主体是国家；国际法是调整国家相互关系的行为规范。

(2) 国际法的制定是由国家之间的协议产生，由于国家的认可而具有法律效力。

(3) 国际法是具有法律性质的行为规范，由国家单独或集体采取强制措施加以保障。

(4) 国际法所反映的是各国协调的意志。由于各自的国家利益决定着国家对国际法规范的不同态度，只能通过国际协议加以协调，谁也不能强加于谁。

近年来，西方和苏联学者对国际法所下的定义介绍一二。

西方国际法学者斯塔克(Starke)在《国际法导论》(1977年第8版)中写道：“国际法是对作为法律主体的国家具有约束力的，并由在相互关系中应共同遵守的大量行为规则和原则所构成。此外还包括：(1)有关国际机构或组织所行使的职责、相互关系以及国家和个人之间关系的法律规则；(2)有关个人和非国家实体直到国际社会涉及一些个人和非国家实体的权利或义务的一定规则。”^①

上述定义显然扩大了国际法的主体及于个人或非国家实体，这样就改变了国际法是国家之间的法律性质，成为具有“世界法”的性质了。

苏联学者伊格纳钦科和奥斯塔频科主编的《国际法》(1978年版)中提出：“国际法——是一个法律规范的特殊体系，这些规范调整国家和其他主体的相互关系，表现为国家的协同意志，并通过协议产生，由国家单独或集体的努力，包括采取法制手段予以保障。”^②

这个定义也含蓄地扩大了国际法的主体。值得注意的是这个定义删掉了苏联法学界长期以来把国际法说成是“和平共处法”的主张。

第二节 国际法的渊源

渊源的概念

“渊源”一词有两种意义，其一是指国际法的法律规范所形成的方式或程序（国际法的法律渊源）；其二是指国际法规范首次出现的地方，（国际法的历史渊源）。

这里所指的国际法渊源是指国际法的法律形式。国际条约和国际惯例是国际法的主要渊源，此外，还有各国公认的一般法律原则、国际仲裁法庭和国际法院的判决、国内立法和国内法院判决、各国政府所发表的关于国际事务的文件、国际组织的决议（特别是联合国大会的决议）以及权威的公法学家的学说等。其中司法判决和公法学家的学说在《国际法院规约》第38条中规定为“确定法律原则的辅助资料”。

国际法的主要渊源

通常所讲的国际法渊源是指形成法律的方式的两个渊源，即国际条约和国际惯例。在国际社会内没有超国家的立法机关，国际法是通过国家之间的协议和认可而制定的，凡以条约形式表现的国际法，称为协定国际法；而以惯例形式表现的，则为习惯国际法。

对于国际法渊源如何理解，西方和苏联的法学家有着各种见解。西方国际法学家斯塔克认为：“国际法的渊源可解释为国际法律学家所确立的规则并予以适用的那些实际材料，可分成五个主要类别或形式：(1)惯例；(2)条约；(3)司法判决或仲裁法庭判决；(4)法学著作；(5)国际机构、组织的决议或决定。”^③苏联学者伊格纳钦科等认为：“所谓法律渊源是指那些表现固定法律规范的正式形式，法律渊源是一个或几个法律规范存在的外表形式”，认为国际法渊源有三“(1)国际条约；(2)国际惯例；(3)国际（政府间）组织的文件”。此外还主张把司法判决、学者的见解等列为辅助渊源，但仅有指导意义，不具有法律效力。^④

由此可见，条约和惯例是国际法的主要渊源，这是各国学者的一致见解。

下面分别论述条约和惯例等作为国际法渊源的作用。

条 约

条约作为国际法的渊源是指一般多边条约（多边条约和国际公约），即有多数国家参加的、以宣告或修改国际法规范或制订新的规范、或创立某些新的国际制度为目的和内容的多边条约或国际公约。国际法上称之为“造法性条约”（law-making treaties）。应当注意的是，不是所有的多边条约都是国际法的渊源。

西方国际法学者布赖尔利（Brierly）认为，由于下列三种目的而缔结的多边条约、国际条约可称为造法性条约：“或宣布对某一特定问题法律规定的理解，或规定某项新的一般行为规则，或确立某项国际制度”。⑤ 斯塔克将造法性条约分为两种：“提出普遍国际法规则的条约（如宪章）和提出一般或相当于一般规则的条约”。⑥

为什么有些多边条约会产生一般国际法规范？首先从条约的参加国来看，（1）有的多边条约虽然最初的缔约国不多，但包括了当时有关的重要国家，可以通过各国的实践而成为一般国际法规范；（2）有的多边条约包括了世界上绝大多数国家和主要的国家，因而具有一般国际法的约束力。其次从条约的实质看，（1）通过条约编纂习惯国际法；（2）通过条约变更惯例规范；（3）通过条约创立新的国际法原则；（4）通过条约修改、补充原造法性条约；（5）通过条约确立国际组织的法律地位。

应当指出，联合国大会的决议只具有建议性质，对会员国没有约束力。但是如果大会多数成员国通过的某项决议是有关一般国际法规范时，它至少构成各国政府意见的证据；如果是有关制定一般法律原则的决议，则为国际法的逐渐发展提供了依据。

惯 例

国际法的惯例就是指被接受为法律的各国的一般实践。也就是各国在国际交往中形成的习惯和树立的先例，这些习惯和先例一旦为各国长期重复并被接受为法律规范时，便成为国际惯例。联合国《国际法院规约》第38条规定，法院应适用“国际惯例作为通例（一般实践）之证明而经接受为法律者”（as evidence of a general practice accepted as law）。

英国法学家柯佩尔曼（Kopelman）在分析惯例的构成因素时认为：“国际惯例是由各国类似而重复的行为引起的。当事国有意识地重复某一行为时，它们是遵照法律办事的。这样，惯例包括两个因素：（1）各国重复类似的行为；（2）各国感到它们行动时是履行一项法律义务”。⑦

斯塔克对“惯例”（Custom）与“习惯”（usage）两个概念这样加以区分：“法律意义上的‘惯例’是取得了法律约束力的‘习惯’”。

惯例的证据主要从各国的对外实践中去收集。加拿大国际法学家卡斯泰尔（Castel）指出：“习惯法规范是由各国的对外关系、国际机构、国内法、司法判例等实践具体化的”。⑧此外，各国政府对国际法委员会提出的条约草案的意见，联合国大会有关法律问题的决议等，也被认为是惯例的确凿证据。

随着历史和社会物质生活条件的发展，经过大多数国家的同意，可以变更旧的惯例规范和以各国的实践为依据创立新的习惯法规范。惯例必须符合国际法的基本准则，如果违反就不能成为公认的国际法规范。

惯例和条约是相互联系的，也可以相互转化。几个国家缔结的条约（协定规范）可能被其他国家（非缔约国）承认和经常适用而成为习惯国际法。反之，一项惯例也可能被列入条约之中而成为协定规范，随着国际法编纂工作的发展，这种情况将会日益增多。

一般法律原则

《国际法院规约》第38条中规定，在裁判各项争端时可以适用一般法律原则。

对于一般法律原则的含义，各国法学家的见解是有分歧的，焦点在于一般法律原则是指国际法原则还是国内法原则，苏联法学家认为是指国际法原则。西方多数法学家则肯定为国内法原则，如奥本海，布赖尔利，劳特派特等。

各国学者列举的一般法律原则有：时效(Prescription)，禁止翻供(Estoppel)，尊重既决案原则(res judicata)，司法程序原则，善良原则，公平原则等。

一般法律原则只有通过惯例或条约证实其已被各国所公认才能成为国际法原则。

确定法律规范的辅助资料

(1) 司法判例

司法判例不是国际法的渊源，但可以作为习惯法的证据。《国际法院规约》第59条规定，“法院的裁判除对于当事国及本案外无拘束力”。说明国际法院只是适用现有的法律原则而不是创立法律。自从1964年以来，国际法院已判决了四十五个案件，发表了十五个咨询意见，其中有些判例和咨询意见对习惯国际法的形成具有一定的影响。

西方学者把国际仲裁机构的裁决看作是国际法的渊源。仲裁法庭是根据当事国之间协议而成立的，它所受理的案件以当事国同意者为限，其裁决仅对当事国有拘束力。所以不是国际法的渊源。

(2) 权威公法学家的学说

《国际法院规约》第38条还规定了各国权威最高的公法学家学说，作为确定法律原则的补充资料。

在司法判决中，对国际法律规范的解释和适用不明确时，可以引用国际法权威学者的学说，作为法律规范的证据。当历史上还没

大量的国家实践和国际条约之前，西方国际法学经典作家的学说曾有过巨大的影响，如十七世纪的格劳秀斯，其名著《战争与和平法》，《海洋自由论》至今仍对国际法的理论与实践产生影响。

第三节 国际法与国内法的关系

国际法是调整国家之间关系的法律，然而，从实践看，一国的司法机关，特别是法院时常在涉外案件中遇到国际法的问题。从理论看，国际法和国内法到底是两种独立平行的法律体系，还是谁居于优先地位，而当国际法规范和国内法规范相抵触时，又以何法为准，这是西方国际法学界长期争论不休的一个理论问题。

国际法与国内法的区别和联系

国际法与国内法都是法律，但适用的范围各不相同，国际法是调整国家之间相互关系的行为规则。国内法是调整一国内部自然人之间、法人之间或国家与自然人、法人之间关系的行为规则。

国际法是一个特殊的法律部门，它与国内法有明显的区别。(1)主体不同。国际法的主体是国家，而国内法的主体是个人，其中包括自然人和法人；(2)适用的范围不同。国际法调整的是国家与国家之间的关系，而国内法调整的是自然人之间、法人之间以及国家与自然人、法人之间的关系；(3)制定的方式不同。国际法是由国家在国际交往中协议的条约和惯例形成的，而国内法是由一国的立法机关制定的；(4)强制性不同。国际法是由国家单独或集体采取强制措施以保证执行的，而国内法是由国家政权机关强制执行；(5)反映的国家利益或意志不同。国际法是平等的国际社会成员——主权国家之间实行的法律，体现了国家之间的同意，谁也不能强加于谁，而国内法则是一个国家内部的统治者对其治理下的人民实行的法律。

可见，国际法与国内法既有区别，又有联系，这种联系表现在国家既是国际法的制定者，同时也是国内法的制定者；国际法反映了国家对外关系方面的利益，而国内法则是国家对内政策的体现；

国际法和国内法作为上层建筑都由一定的社会物质生活条件所决定。所以无所谓国际法优先于国内法或国内法优先于国际法的问题，它们是形式上分为两个方面而在实质上密切联系的法律行为规范，它们不相矛盾，又是辩证统一的。

关于国际法与国内法的关系，西方学者提出过三种学说：(1)国内法优先于国际法说，(2)国际法与国内法平行说，(3)国际法优先于国内法说。(1)(3)两说即所谓“一元论”，(2)说叫作“二元论”。分析如下：

国内法优先于国际法说

十九世纪末和二十世纪初，国内法“优先”于国际法的学说在德国法学界盛行一时。这种学说以耶利内克(Jellinek)，佐恩(Zorn)，伯格包姆(Bergbohm)，考夫曼(Kaufmann)，温泽尔(Wenzel)等人为代表。

他们认为，国际法与国内法是一种法律，同属一个体系，在这个体系中，国内法优先于国际法；国际法从属于国内法，无论国际法或国内法都出于国家的意志，这种意志是绝对的、无限的国家意志，表现于国内法之中，因而，国家的一切活动，包括国际法方面的活动，都是由国内法派生的，国际法只是国家对外的公法。第一次世界大战之后，此说逐渐衰落。

这种学说在当时反映了德国传统的军国主义、国家主义思想，认为国家的意志和权力至高无上，甚至无视国际法的约束，实质上意味着无限的扩大国家主权。

国际法与国内法平行说

十九世纪末叶，德国学者特里佩尔(H. Triepel)写了《国际法和国内法》一书，主张国际法和国内法是两个互相独立的平行的法律体系，认为它们是两种绝对不同的法律，两者虽有联系但彼此之间又各不相属，只有通过结合(incorporation)才可以接

受对方某些规范。

平行说是一种现实主义理论，它既承认国家主权，又承认国际法在国际关系中的决定作用。基本上适应当时工业资本主义时期国家内部和国家与国家之间关系的现实，所以在国际法学中曾广泛流行。

当代美国费芝摩罗斯 (Fitzmaurice) 和法国卢梭 (Roussseau) 倡协调论。他们认为国际法与国内法“各在自己领域内是优越的，谁都没有超越谁”实际上这也是二元论的主张。

国际法优先于国内法说

第一次世界大战后，法国学者狄骥 (L. Duguit) 和波利蒂斯 (N. Politis) 提出社会连带学说。他们认为，社会是建立在社会成员互相依存的连带关系之上，国家不是绝对主权的，必须服从国际法。奥国学者凯尔逊 (H. Kelsen) 和凡得罗斯 (A. Vedross) 提出规范学说。他们主张全部法律构成一个完整的规范体系，一切法律规范的效力都来自它的上级，最上级的规范为国际法，在其之下，存在许多并列的国内法。显然，这种学说主张国际法和国内法同属一个法律体系，而国际法优先于国内法，国内法隶属于国际法。那末，最高规范是什么呢，他们认为就是条约必须遵守原则 (Pacta sunt servanda)。如果没有这样一种更高的法律秩序，并由它委任而产生各种国内法体系，要使许多独立平等的主权国家服从一定的规范是不可能的。

在第二次世界大战后，英国的劳特派特 (H. Lauterpacht)，美国的杰赛普 (P. C. Jessup)，法国的塞尔 (G. Scelle) 都倾向于这种理论。

这种学说把国际法超越于国家之上是不符合国际实践的。其实，最高规范的效力从何而来，规范学派和社会连带学派都提不出令人信服的论据。这种学说实质上否定了国家的主权。

国际法在国内法中的执行

国际法和国内法的关系问题，实质上是国家如何在国内执行国际法的问题，即国家如何履行依照国际法承担的义务。

由于国际法的性质是约束国家，而不直接约束该国的自然人或法人，如果国内法违背了公认的国际法原则和规范，国家应负违反国际义务的责任。

国际法在国内法上的执行包括两个问题，(1)国内法院是否执行国际法，(2)国际法与国内法发生冲突时，一国的法院应根据何法。

既然国际法的性质决定它不能直接约束一国的自然人和法人，从这个意义上说，国内法院并无义务执行国际法。但是，国家既在国际上承担了国际法的义务，就有必要采取措施在国内执行国际法，这就是制定国内法以履行国际义务，从而国内法院也就必须执行国际法。

我国民事诉讼法（草案）中规定：“我国签订、批准或加入的国际公约、协定，与我国法律有不同规定的，适用该国际公约、协定的规定，但是，我国在签订、批准或者加入的时候，声明保留的条款除外”。

国际法与国内法发生抵触时，实行国际法的规定是一项先进的法律规定。国际法是国家在自愿协议的基础上产生的，因此国家不应制定与国际法相抵触的国内法，而且有必要使国内法符合它所承担的国际义务，或按照国际法的需要采取措施将国际法在国内付诸实施。因此，国际法同国内法一样，对国家来说都具有法律拘束力而必须予以实施。

一般来说，各国在国内法中执行国际法的方式有两种。

(1) 有的国家在宪法中加以规定，宣告公认的国际法为本国法的一部分。美国宪法第6条规定：“以合众国之权力所缔结或将缔结之条约，均为全国之最高法律，即使与任何州之宪法或法律有抵触，各州法院法官均应遵守之”。1947年的缅甸宪法第291条宣布国际法规范为它同其他国家的关系中的行为规则。

为了避免国际法和国内法发生冲突，不论是普通法系（即英美