



西南政法大学国际法学系列

国际法学

International Law

王玫黎 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

国际法学

International Law

主 编：王玫黎

副主编：丁丽柏

撰稿人：（按撰写的先后章节为序）

王玫黎 张 伟 陈 云 周 江 丁丽柏

杨永红 刘 畅 全 斌



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

国际法学/王玫黎主编. —厦门:厦门大学出版社, 2012. 11

西南政法大学国际法学系列

ISBN 978-7-5615-4420-4

I. ①国… II. ①王… III. ①国际法-法的理论-高等学校-教材 IV. ①D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 229949 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

三明市华光印务有限公司印刷

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:19 插页:2

字数:445 千字 印数:1~3000 册

定价:31.00 元

如有印装质量问题请与承印厂调换



序 言

国际法是教育部高等学校法学教育指导委员会所列的本科法学专业14门核心课程之一。国际法是法学中的一个重要部门,也是一个特殊的部门,因为它是以国家作为调整对象的法律。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,它们必须遵守的规则就是国际法。国际法的内容广泛而复杂,其调整范围已经涵盖了国际社会的几乎所有方面:从战争到和平、政治到经济、贸易到环境保护、外层空间到深层海底、核武器的发展到氟利昂的使用……所有这些领域都有国际法的规范。

本书主要包括以下内容:国际法的基础理论、国际法的主体、渊源以及与国内法的关系、条约法、国家承认与继承、海洋法、空间法、外交关系法、领事关系法、国际组织法、国际争端的和平解决及战争法等部分。本书在字数有限的情况下尽可能全面系统地介绍了国际法学的基本内容,关注国际法理论和实践中所涉及的主要法律问题,力求吸收和反映国际法学的最新研究成果。本书增加了引例、司法考试模拟试题(主要以历年司法考试真题为基础)和问答题,参考公约及法规和参考文献等内容,以激发学生的学习兴趣,增进理解和深入思考。全书共十三章,各章作者分工如下(按撰写的先后章节为序):

第一章、第二章:王玫黎

第三章、第十章:张华

第四章、第八章:王云

第五章:周江

第六章、第七章:丁丽柏

第九章、第十一章:杨永红

第十二章:刘畅

第十三章:全小莲

通过对国际法的学习,使学生掌握有关国际法的基本知识、基本理论,更好地理解并掌握国内法,培养学生的实践能力、创新能力,对国际关系问题能以国际法原理进行法律分析,维护我们的国家利益和民族尊严,伸张国际正义。

本书可作为高等学校法学专业本科教学用书和研究生复习备考用书,也可供国际法学的研究者和实务者使用。

本书错误与不当之处在所难免,诚请读者批评指正。

编者

2012年10月22日



目 录

第一章 导论	1
第一节 概述.....	1
第二节 国际法的渊源.....	7
第三节 国际法的编纂	10
第四节 国际法与国内法的关系	13
第五节 国际法的历史发展	16
第二章 国际法的基本原则	22
第一节 概述	22
第二节 和平共处五项原则	27
第三章 国际法主体	41
第一节 国际法主体概述	41
第二节 国家	42
第三节 其他国际法主体	49
第四节 国际法上的承认	50
第五节 国际法上的继承	55
第六节 国际法律责任	60
第四章 国家领土	71
第一节 概述	71
第二节 国家领土的组成部分	74
第三节 领土的取得和变更	79
第四节 国家边界和边境制度	84
第五节 南极与北极地区	90
第五章 海洋法	95
第一节 海洋法的概述	95
第二节 内水	99
第三节 领海.....	102
第四节 毗连区.....	107
第五节 专属经济区.....	108



第六节 大陆架·····	110
第七节 用于国际航行的海峡·····	113
第八节 群岛水域·····	115
第九节 公海·····	117
第十节 国际海底区域·····	121
第六章 空间法 ·····	126
第一节 空气空间与国际航空法·····	126
第二节 外层空间与国际空间法·····	133
第七章 国际法上的居民 ·····	144
第一节 居民和国籍·····	144
第二节 外国人的法律地位·····	150
第三节 引渡和庇护·····	155
第八章 外交和领事关系法 ·····	163
第一节 外交关系与外交关系法·····	163
第二节 国内的外交关系机关·····	165
第三节 驻外的外交关系机关·····	167
第四节 外交特权与豁免·····	172
第五节 领事制度·····	176
第九章 国际人权法 ·····	181
第一节 概述·····	181
第二节 国际人权法的权利体系·····	186
第三节 国际人权保护机制·····	189
第四节 区域国际人权保护·····	196
第十章 条约法 ·····	199
第一节 概述·····	199
第二节 条约的缔结与生效·····	203
第三节 条约的遵守、适用及解释·····	210
第四节 条约的修正·····	215
第五节 条约的无效、终止和停止施行·····	216
第十一章 国际组织 ·····	220
第一节 国际组织概述·····	220
第二节 国际组织的法律制度·····	225
第三节 联合国·····	231

第四节 联合国专门机构·····	237
第五节 区域性国际组织·····	240
第十二章 和平解决国际争端·····	243
第一节 和平解决国际争端概述·····	243
第二节 和平解决国际争端的政治方法·····	248
第三节 和平解决国际争端的法律方法·····	253
第四节 国际组织与国际争端的和平解决·····	259
第十三章 战争法·····	270
第一节 战争与战争法概论·····	270
第二节 战争的开始与结束·····	275
第三节 作战手段和方法·····	278
第四节 战争犯罪及其责任·····	285
课后作业部分参考答案·····	289
主要参考公约及法规·····	292
主要参考文献·····	293



第一章 导论

[illegible]

第一节 概述

一、国际法的概念

国际法(international law),主要是以国家之间关系为对象的法律,是指国家在国际交往中形成的具有法律拘束力的原则、规则和规章制度的总称。国家不能孤立地存在,任何国家都不能不与其他国家发生交往关系。国家之间的交往关系就是国际关系。国际关系包括政治关系、经济关系、法律关系以及文化关系等等,国家对其他国家的往来关系构成国家的对外关系,而所有国家的关系综合起来就成为国际关系。国际法律关系是以法律形式表现出来的国际关系。^① 国家之间的关系受一些原则、规则和规章制度的拘束,这些原则、规则和规章制度就构成了国际法。

国际法的名称,并不是有了国家和国际关系后就立即出现的。在一个相当长的历史时期被称为“万民法”(Jus gentium)。万民法系市民法(Jus civile)的对称,但万民法不能正确表达国家间的关系,只是罗马法中调整罗马公民同外国人之间的关系的法律,它是国内法,并非国际法。在 16—17 世纪,欧洲的政治思想家和法学家在研究国家相互关系上的行为规则并著书立法时,仍用旧称“万民法”或“万国法”。被称为“国际法之父”的荷兰学者格老秀斯(Grotius),于 1625 年问世的经典著作《战争与和平法》中就是用万民法来称呼规范国际

① 王铁崖著：《国际法引论》，北京大学出版社 1998 年版，第 1 页。



关系的意志法。^① 17 世纪中叶,英国国际法学者牛津大学教授兼海事法官苏支(Zouche)在他所著的《国际法与法院》中采用“万国法”(law of nations)的名称,这个词更接近近代意义上的国际法。但是,由于格老秀斯的威望,早先国际法学者通常采用万民法。而万民法或万国法都不是能正确地表达国家之间关系的法律,因而未能得到广泛的采用,直到 18 世纪末,英国人边沁(Bentham)在 1789 年所著的《道德与立法原理绪论》中最早使用“国际法”一词来称呼这一法律体系后,逐渐为各国普遍接受,成为国际关系中通用的名称。

为了与国际私法相区别,国际法往往特指国际公法。^② 国际私法是解决各国在调整其具有涉外因素的民事法律关系发生抵触时的法律适用。所以从实质上讲,国际私法不属于国际法的范围,也不是国际法的分支,只是国内法的一个特殊部分。因此,有的国家把国际私法称为“冲突法”或“涉外民法”。国际私法在法律渊源上也主要表现为国内立法和国内的司法判例,不像国际法主要是以国际条约和国际习惯为法律渊源。虽然国际法不同于国际私法,但随着国际交往的增多,各国为了解决和防止国家之间发生的法律冲突问题,逐渐形成了一些共同遵守的原则和规则,成为国际习惯法的一部分,同时也签订了一些条约,并对国家发生拘束力,国际私法中这些涉及国家之间的关系的范围也就具有了国际法的意义。

国际法有一般(或普遍)国际法与区域国际法之分。一般国际法适用于世界上所有国家,其原则、规则和制度对一切国家都有拘束力。区域国际法是仅对某一特定地区内的参加公约的国家有拘束力的国际法,如美洲国际法中,关于外交庇护权的规定,只能适用于本区域内参加公约的国家之间,不能超越区域之外,强行适用于其他国家。区域国际法可能提出一些特殊的主张,例如民族自决和独立原则;或者提出一些为数不多的独特的原则、规则,例如外交庇护权。这些主张所形成的规则可能被纳入一般国际法而构成一般国际法的一部分,或者可能由于有争议而逐渐失去了意义。虽然我们承认区域国际法的存在,但其精神不能与一般国际法相矛盾,更不能对一般国际法的原则、规则和规章制度加以限制。

有的西方学者,例如奥本海则认为,除一般国际法之外还有“只对于两个或少数国家有拘束力的特殊国际法”。^③ 这一观点不能接受,因为这种通常是指两个或少数国家间签订的条约,不能将条约的特殊规定称为特殊国际法。特殊国际法是指可能基于某些特殊国际关系或仅对某些少数国家具有拘束力的国际法。这种区别实际上没有多大意义。特殊国际法只拘束两个或少数国家,因此不能构成以普遍国家之间的关系为对象的国际法的一部分。

二、国际法的性质

(一)国际法是法律

国际法是不是法律? 这个问题无论是在普通人的心目中,还是在法学理论中都是一个有较大争议的问题。对这一问题持肯定态度的学者在国际法学界比较具有代表性。《奥本

① 周鲠生著:《国际法》,商务印书馆 1976 年版,第 1 页。

② 在中国目前教育管理体系中“国际法”这个二级学科实际上包括三个方向,即国际公法、国际私法和国际经济法,三者均为法学专业必修课。

③ [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷)(平时法第 1 分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆 1981 年版,第 3 页。

海国际法》(第八版)一开始就论述“国际法是法律”,^①从法律规则的特征和法律的构成要件来论述国际法是法律。而持否定态度的学者则是依据国内法概念来看待国际法,自然就得出国际法不是法律的结论。例如19世纪英国学者奥斯汀认为,“法律是主权政治权威制定并保证实施的规则”,既然国际法不是一个主权政治权威制定的,也难以用一个主权政治权威保证实施,就当然不是法律,只是一种“实在道德”(positive morality)。^②

当时人们否定国际法的法律性是与国际法规范在当时的影响较小有关。在法律的演进史中可以看到,先有国内法再有国际法,形成之初的国际法规范也主要体现为国际习惯法这种不甚明确具体、缺乏精确性的形式。国际法与国内法属于不同法律体系,国内法与国际法有着不同的特点,按照奥斯汀的观点,即便英美国家国内法中的司法判例也不一定是法律。然而国际社会的发展演变越来越表明国际法是法律,是能够指导国家等实体进行各种活动的行为规则。美、英、法、日等国的宪法,甚至规定国际法为其国内法的一部分,便是明显例证。^③

(二)国际法的特征

国际法主要是调整国家之间关系必不可少的行为规范。它作为法律的一个特殊体系,同国内法相比,又具有不同于国内法的特征。

1. 国际法的主体主要是国家。国际法主要是国家之间的法律。在现代国际法的发展中,除国家之外,正在争取建立独立国家的民族和由政府组成的国际组织也是国际法的主体。但在国际法律关系中,国家始终居于最主要的地位,起着最重要的作用。国家是国际法的基本主体,而由一个国家管辖的自然人和法人则不具有国际法主体的地位,这与国内法是以自然人和法人为主要的主体是不同的。

2. 国际法的制定者是国家。国内法主要是由一国的立法机关依一定的程序制定的。国际法是平等者之间的法。在国际社会中,不存在一个超越国家的立法机构,也不应该有一个凌驾于国家之上的国际立法机构来制定和颁布强加于其他国家的法律。国际法的原则、规则和规章制度,只能是国家之间或国家和其他国际法主体之间以平等方式通过协议或依赖于国家之间行为的国际习惯来形成的,如《联合国宪章》所规定的许多国际法原则,就是最好的例证。而国内法的各种规范是由国内的立法机关制定和颁布实施的,对于英美法系国家来说,国内法还可以通过司法判例来形成。

3. 国际法的强制力是依靠国家单独或集体的行为实施的。法律的基本特征之一,是法律对其主体具有强制性的拘束力,任何一个主体违反了法律,都应承担法律责任,甚至受到主权利限制等法律制裁。国际法的强制力不同于国内法。国内法的强制力是依靠有组织的强制机关,如监狱、警察、法庭等,来保证法律的实施。国际上却没有凌驾于国家之上的强制机关来保证国际法的实施,虽然国际上有联合国国际法院,但它并没有强制管辖权。尽管如此,这也并不意味着国际法没有强制力。当一个国家的权利遭到别国侵害时,国家可以采取

① [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷)(平时法第1分册),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1981年版,第3页。

② [英]奥斯汀著:《法理学范围之限定(The Province of Jurisprudence Determined)》(edited by Wilfrid)(影印本),中国政法大学出版社2003年版,第123页。

③ 赵理海著:《国际法基本理论》,北京大学出版社1990年版,第4页。



相应制裁措施以制止这种侵权行为,如发出警告、抗议、召回外交代表、断绝外交关系、要求赔偿直至使用武力等。如果遭到别国武装侵略,国家有权单独或依靠集体的力量抗击侵略者。由此可见,“在国家的主权和利益遭到侵犯,国际法遭到破坏时,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。”^①所以国际法的强制力是通过国家本身的单独或集体的行动来实现的。

(三) 国际法的作用

关于国际法的作用问题,虽然在国际法的理论上有否定国际法的法律性质的主张,但有一点是公认的——国际法是一个完整的法律体系,是被各国公认的法律准则,对其主体有法律上的约束力。国际法是发展国际关系、维护国际和平、提供便于交往的法律,如果没有国际法,各国要进行稳定而正常的交往是不可能的。国际法并不是国际道德或国际礼让。国际关系上的所谓国际道德、国际礼让等规则,都同国际法有着明显的区别,不能混为一谈。任何国家违反国际法的行为给他国造成损害的,都要因此而承担国际法律责任。对于违反或漠视国际道德、国际礼让的行为,则不构成违法行为,也不发生国际法律责任问题,如外交官携带的物品免缴关税就是国际礼让的一个事例。从当代国际关系实践看来,还没有任何一个国家公开声明国际法不是法律,它的行为不受国际法的约束。各国都承认国际法是真正的法律,同时也承认它的作用。世界上有不少国家通过自己的宪法和其他法律文件来确认国际法的法律效力,自愿承担国际义务,进行自我约束。诚然,国际法有不少缺陷,比起国内法要脆弱得多,但不能就此否认国际法是真正的法律以及它的作用。国际法在国际关系中的作用主要有以下三个方面:

1. 国际法是衡量和裁判国际行为的是非标准。自人类产生国家后,不论在哪个时期,国家之间必然会发生政治经济法律和文化科学技术的关系。在国际交往中,国家之间的这种交往过程中的行为就是国际行为。一个国家在国际上的某一行为正确与错误,不是谁说谁有理,更不能认为“强权即公理”,总有一个判明国际行为是非对错的客观标准,这个标准只能是国际法。如1979年美国通过了所谓的“与台湾关系法”,该法所规定的条款同《中美建交公报》直接抵触,无视中国对台湾的主权,干涉了中国的内政,美国以国内法来违背自己所承担的国际义务,因而是违反国际法的。

2. 国际法对一切国家都具有约束力。国家既是国际法的制定者,同时也要受到国际法的约束。国际法是国际关系上国家的行为规范,不是个人之间或个人和国家之间关系的行为规范,任何国家不论其大小、强弱和发达程度如何,都无一例外地要受国际法的约束。国际法的约束力,表现为国家自我约束和相互约束这两种形式。自我约束是基础,相互约束是对自我约束的重要补充,是国际法具有约束力的必然要求。自19世纪以来,国际法一直是作为对国家有法律约束力的国际交往的行为规范而继续发展。“各国不但在许许多多的条约中承认国际法具有法律的约束力,特别在《联合国宪章》中作出了上述承认,并且有些国家特别依国家根本大法确认国际法的约束力。”^②因此,国家在维护自己的主权和其他权益时,也不能侵犯别国的主权和其他权益。国际法的约束力,正是为了保障国家之间的正常国际关系的发展。当前,我们不能忽视一些消极的、破坏国际法约束力的因素存在,如霸权主义。

① 赵理海著:《当代国际法问题》,中国法制出版社1993年版,第7页。

② 周鲠生著:《国际法》(上册),商务印书馆1981年版,第5页。

3. 国际法主要是确立国家间某种权利与义务的法律形式。一个国家不能孤立地存在于国际社会,它必然要同其他国家进行政治、经济、文化和其他方面的交往。只要进行这种交往活动,就要通过条约来确定相互之间的权利和义务,特别是在一些造法性的国际条约中,更是直接为国家设定了权利与义务。承担国际义务和享受国际权利是国家主权的一个属性。国际法正是把国家间的各种关系用法律形式固定下来的规范。如国家主权和领土完整原则、互不干涉内政原则等,既是国家享有的权利,也是国家承担的义务。权利与义务应相一致。

由此可见,国际法具有法律约束力,这是不能否定的。任何国家的行为都要受国际法的约束。国际法只有普遍地得到各国自觉遵守,国际关系才能得以正常进行,国际法律秩序才会朝着有利于世界各国人民的利益与和平的方向发展。

三、国际法效力的根据

国际法效力的根据(basis of international law)是指国际法依靠什么而对国家有约束的效力。对于这一基本理论问题,在国际法学上形成了各种学派。一般认为,早期的国际法学家对这个问题的争论中,影响较大的主要是自然法学派和实在法学派。

1. 自然法学派。自然法学派认为,国际法就是自然法,或是自然法对国家之间关系的适用。国际法之所以有效力,是因为国际法以人类良知、人类理性、人类法律意识的共同性等自然法则作为依据。换言之,各国遵守国际法是因为国家之间的关系受着一种更高的法律,即自然法的指导。显然,自然法学派理论的主要缺点是脱离国际关系的现实,将国际法效力根据建立在一些抽象的概念之上,使国际法抽象化甚至趋于神化。该学派在十七八世纪盛行于欧洲,代表人物是德国人普芬道夫(Pufendorf),他在其1672年所著的《自然法与万民法》一书中认为国际法只包含于自然法,不承认条约和习惯是国际法的渊源。

2. 实在法学派,亦称意志法学派,同自然法学派相对立。18世纪荷兰学者宾刻舒克(Bynkenshoek)最先用实在法学派的观点来看待国际法。到19世纪末,随着国家的逐渐增多和国际交往的日趋频繁,国际交往的实证材料与日俱增,以习惯和条约为主的实在国际法规则的不断发展,为实在法学派提供了更充分的实证,^①实在法学派逐步占有压倒性的优势。一些有名的西方国际法学者,如英国学者奥斯汀(Austin)、奥本海(Oppenheim)就是实在法学派的代表人物之一。

实在法学派完全抛弃自然法的观点。他们认为国际法效力的依据不是抽象的人类理性,而是现实的国家意志,这种国家意志具有完全的主权和权威。因此,国际法是国家意志所接受的原则、规则、规章和制度。他们从国家订立的条约、颁布的法律文件中去发现,凡国家同意的,即国家意志的表现。实在法学派把国际法的效力根据放在国家意志上,假定各国的意志结合成为“共同意志”,或强调每个国家的意志是决定的因素。实在法学派的理论,实际上是一种抽象观念,因在国际社会中存在着不同性质的国家,不可能有所谓的“共同意志”,也不能强调国家的意志是决定的因素,否则将使国际法服从于每个国家的意志,从而也就从根本上否定了国际法的效力。

3. 格老秀斯学派,亦称折中学派。格老秀斯学派是“国际法之父”格老秀斯创立的,其

^① 梁淑英主编:《国际公法》,中国政法大学出版社2003年版,第5页。

观点介乎于自然法学派与实在法学派之间,认为两者同等重要。该学派一方面主张国际法主要依据自然法,认为自然法是约束国家的最高法律,自然理性是检验国家行为的标准。另一方面又坚持国家的共同同意是国际法效力的根据。格老秀斯认为,国际法效力的根据为自然法和国家的同意。国际法大部分之所以对国家有拘束力,因其为自然法,是基于理性,而其他部分具有拘束力,则是依据各国公认。也就是说,国际法的效力根据有两种,国际法也分为两部分规范。在十七八世纪德国的沃尔夫(Wolff)和瑞士的瓦特尔(Vattel)继承了格老秀斯学说,通称为格老秀斯学派。格老秀斯学派对国际法的发展产生过深远的影响。

第一次世界大战后,国际法学界对传统的国际法效力根据进行了重新审视,出现了新自然法学派和新实在法学派。

新自然法学派主要包含社会连带学派和规范法学派。社会连带学派的理论基础是社会连带关系说,其创始人为法国的狄骥(Duguit),他认为人们生活在社会中就会产生连带关系,因此就有共同的需求,必须通过这种关系相互合作。国家之间也存在着这种连带关系,这种关系就是国际法的效力根据。规范法学派亦称纯粹法学派,是现代资产阶级法学中较有影响的派别之一。美籍奥地利法学家凯尔森(Kelsen)是规范法学派的创始人。凯尔森把一切法律都归结为一个抽象的逻辑体系,这个体系是由层层相属的法律规范所组成的。根据这一观点,他提出了著名的“金字塔式”学说,认为整个法律体系都有一个基本规范,其他一切法律规范都是从这个基本规范产生出来的。因而法律的体系形成一座金字塔,各部分有平等的,也有相从属的,而顶层则屹立着一个最高规范。这个规范的效力根据就是所谓的正义感情、法律良知。凯尔森坚持国际法优先于国内法的观点,当国际法与国内法发生冲突或相抵触的时候,国内法应服从于国际法。显而易见,这种观点否定了国家主权,把主权置于国际法之下,成为国际法赋予和制约的一种权限,从而把国际法提高到超国家法的地位。现在凯尔森学说仍在欧美法学界传播甚广。

在西方国际法学界,与新自然法学派同时兴起的还有新实在法学派。这一学派有各种不同的学说,现在比较流行的学说有两种:权力政治学说和政策定向说。权力政治学说认为,国际政治支配着整个国际法,而国际法效力根据必须来自国际政治,国际政治的核心则是国家权力。实际上,这种学说是把国际法与国际政治混为一谈,虽然这两者有密切的联系,但毕竟不是等同的。政策定向说认为国际法的效力取决于国家的对外政策。该学说同样以权力为国际法的核心,只是权力表现为政策。这种将国际法与国家对外政策等同也是没有根据的,并混淆了法律与政策的界限。

国际法效力的根据,既不是自然法则,也不是国家意志,而应该是各国之间的协议。因为国际法是各主权国家参与制定的,其中每个国家都拥有主权,在法律关系上国家之间都处于独立和平等的地位,国际法规范只能采取相互协议的形式加以制定,才能成为国家间相互关系的行为规范和约束国家的法律准则。虽然国际法理论上不同学派对国际法效力的根据有不同的观点,但最重要的是,必须肯定国际法是法律,同时还承认它的作用。如果没有国际法,国际社会将处于一种混乱的状态。国家是国际法的制定者,同时又受到国际法的约束,各国之间的协议构成国际法效力的根据。

第二节 国际法的渊源

一、国际法渊源的概念

关于国际法渊源(sources of international law)的概念,由于各国的国际法学者对于国际法渊源的内容产生了分歧,因而对国际法渊源的涵义就有了不同的理解。有学者认为国际法的渊源是指国际法原则、规则、规章和制度第一次出现的地方。如英国学者劳特派特认为:“渊源的意思是指泉源或水源,它应该解释为一股水从地面的流出。如果我们要知道这些规则是从哪里来的,就必须溯源而上,直到它们的起点。”也有学者认为,国际法渊源是指国际法原则、规则、规章和制度形成的方式或程序。^①我们认为前者更为合理,即国际法渊源为国际法作为有效的法律规范的表现形式。凡属国际法规范都必须经过各国认可的方式或程序,无论是确立新的行为规范的法律效力,还是变更现行规则的法律效力,否则就不能产生国际法规范。

当前,国际法学者尽管对国际法的渊源有不同的解释,但有一点是共同的,即他们根据国际法的特点,都承认国际法的渊源主要有两个:国际条约和国际习惯。除此以外,国际法是否还有其他的渊源?《国际法院规约》第38条被广泛承认为是关于国际法渊源的最权威和最完全的表述。^②在该条第1款中规定,法院对于各项争端,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条者;(丑)国际习惯,作为通例之证明而接受为法律者;(寅)一般法律原则为文明各国所承认者;(卯)在第59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。^③

二、国际条约

国际条约是指国际法主体之间依国际法而缔结的具有权利和义务内容的书面协议。条约是国际法的主要渊源。“约定必须遵守”是国际法的重要原则,这是指条约对于缔约的国家具有拘束力,而有拘束力的条约也就构成了国际法最重要的渊源。1969年《维也纳条约法公约》规定,缔约各当事国“承认条约为国际法渊源之一”。

条约在国际法上是表现国家之间协议的最主要的法律形式,国家一般是通过条约对国际法的原则、规则和规章制度表示承认。因此,条约对国际法的形成和发展起着显著的作用。它既是编纂和逐渐发展国际法的有效手段,也是国际关系中进行交往和合作的工具。各国之所以赞同条约是国际法的主要渊源,是因为条约可以制定或创立某些新的国际法规范,也可以修改或废止国际法的已有规范。据此,只有造法性条约可以创设新的国际法原

① 周鲠生著:《国际法》(上册),商务印书馆1976年版,第10页。

② [英]马尔科姆·N.肖著:《国际法》(第6版上册),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第56页。

③ 《联合国国际法院规约》第38条第2款规定:“前款规定不妨碍经当事国同意本着‘公允与善良原则’裁判案件之权。”



则、规则和制度或修改原有的国际法原则、规则和制度。造法性条约当然直接构成国际法的渊源。这种条约由多数国家参加并带有普遍性,如《联合国宪章》、《海洋法公约》等,明确规定了国际法的普遍原则和制度,对一切国家都具有约束力,直接构成国际法的渊源。契约性条约规定缔约国之间的具体权利、义务关系。这类条约是指两个或几个国家之间规定有关的特别权利与义务关系的条约,如边界条约、贸易协定、经济协定、司法互助协定等,它不能直接构成国际法的渊源。但是,契约性条约可以构成对当事国之间有效的特定法律,因此,有些契约性条约,也包含某些造法性条约的内容;而有些造法性条约,也有些国家不参加。所以,“契约性条约也不是与国际法的渊源无关,它们和两个或少数国家缔结的条约一样,也有可能在一定条件下形成国际法原则、规则和制度,并在这个意义上构成国际法的渊源”。^①

对于一个条约,无论是双边的或多边的,是处理具体问题的还是规定一般性行为规范的,它都是国际法主体之间所缔结而且以国际法为准的国际书面协议。条约只对缔约方有约束力,而对非缔约方无约束力,这是公认的国际法准则。

三、国际习惯

国际习惯在《国际法院规约》中明确规定为国际法的另一个主要渊源。它是指各国重复类似的行为并被认为是具有法律约束力的结果。从历史上看,国际习惯出现于国际条约之前,是国际法最古老、最原始的渊源,是国际交往中不成文的的行为规则和国家间的默示协议。现有的国际法原则、规则和制度的形成,都是由国际习惯经过长久的历史演变为国际社会所遵守。如国际法中的外交和领事关系法和大部分海洋法等都是从国际习惯产生的。因此,国际习惯在现代国际法的内容中仍占有一定的比重,并对国际法的发展起着重要的作用。但某种常例或通例要成为国际习惯,必须符合两个条件:

(一)各国重复类似行为

各国长期重复类似的行为,即所谓“物质的因素”。对于某种行为只被少数国家偶尔为之,不被大多数国家所接受,这种行为就不能作为常例或通例而存在。同时,各国重复的类似的行为必须是合法的行为。非法的行为,如一国扣留他国驻该国的使馆人员作为人质,无论重复多长时间都是国际法禁止的,都不能成为国际习惯。所以,各国长期重复类似的行为,形成某些公认的规则,这是最终成为国际习惯的“物质的因素”。

(二)被各国认为具有法律约束力

被各国认为具有法律约束力,即所谓“心理的因素”。各国重复类似的行为并不具有法律约束力,只有经过一段时期后,各国在从事类似行为时,在心理上自觉地认为所从事的行为是具有法律效力的。各国这种“心理因素”是形成国际习惯的关键因素,是国际习惯具有法律约束力的直接原因。

国际习惯与国际条约不同,它是不成文的,即它没有一个法律文件来表现国际习惯法原则、规则、规章和制度。因此,为了查明国际习惯的形成必须寻找证据,即国际法的证据。在现代,国际习惯一般是在下述三种情况下形成的:(1)国家间的外交关系,表现为条约、宣言和声明、各种外交文书等。(2)国际组织的实践,如决议、判决等。(3)国家内部行为,如国内法规、判决和行政命令等。这三种情况所表现的种种资料构成国际习惯的证据。

^① 王铁崖:《国际法的渊源》,载邓正来编:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第173页。

国际习惯的形成过程是漫长的,有的情况下,一项国际习惯的形成需要一二百年的时间,如海洋法中的领海宽度。但是,在现代国际社会交往频繁、科学技术迅速发展的形势下,国际习惯的形成有缩短的趋势,如海洋法中的大陆架制度。

四、一般法律原则

一般法律原则是否为国际法的渊源,历来引起国际法理论界的争论。《国际法院规约》第38条规定,法院裁判案件时可适用“一般法律原则,为文明各国所承认者”。该条的规定是根据1920年《国际常设法院规约》第38条的同样规定而出现于国际文件上。但是,在两个《规约》中对一般法律原则的含义都未作出明确的说明,以至各国学者对一般法律原则有不同的解释:有的学者认为,一般法律原则就是国际法的一般原则或基本原则;有的认为是“一般法律意识”所产生的原则;还有的认为是各个法律体系的某些共有的原则,如时效原则等。按照《国际法院规约》第38条所规定的“为文明各国所承认者”,这里的“文明各国”应该是指作为国际社会成员的主权独立国家。因此,“一般法律原则必须经过所有主权独立国家承认,才能为国际法院所适用,也才能构成国际法的渊源”。^① 没有经过各国承认的一般法律原则是不能成为国际法渊源的。显然,一般法律原则不是独立的国际法渊源。目前,国际条约和国际习惯的内容已覆盖国际法的主要领域,一般法律原则为数不多,国际法院和国际仲裁机构也很少适用,它只是在既无条约又无国际习惯的场合适用,以弥补两者的不足。这种补充的适用绝不减少国际条约和国际习惯的意义。恰好相反,如果没有特殊的国际条约或国际习惯规范存在的场合,一般法律原则则具有决定性的意义,但一般法律原则只是一种补充国际条约和国际习惯的次要渊源,而不是独立的国际法渊源。

五、确定法律原则的辅助方法

《国际法院规约》第38条(卯)规定:“在第59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。”

(一) 司法判例

司法判例包括国际司法判例和国内司法判例,这两者是不同的。国际司法判例主要是指国际法院的判例,同时也应包括国际仲裁庭的判例。按照《国际法院规约》第59条规定:“法院之裁判除对于当事国及本例外,无拘束力。”这条规定表明法院在判决时的原则,只对当事国和本案有拘束力,对其他国家以及后来发生的案件,即使是类似的也无拘束力。这表明国际法院只有适用法律的职权,并没有创造法律的功能,不能直接表现为国际法,这就是《国际法院规约》第38条所规定的“确定法律原则之补助资料”。国际司法判例只能是辅助渊源。

国内司法判例不能直接表现为国际法。国内法院是国家机关,只能在一定条件下表现一个国家的国际法观点,因此,国内法院的判例不能成为国际法的直接渊源。但是也应看到,在国际法的某些领域,如国家责任、主权豁免等方面,国内法院的判决是起着重要作用的。

(二) 公法学家学说

这里所说的公法学家是指国际法学家。《国际法院规约》第38条(卯)列举了“各国权威

^① 王铁崖:《国际法的渊源》,载邓正来编:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第174页。

最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料”。它也同司法判例一样不能直接成为国际法的渊源。

判例和学说尽管不能构成国际法的渊源,但是,“司法判例包括国际法院和国内法院的判决,其中,国际法院以及国内法院适用国际法的判例,有助于国际法原则、规则和制度的确定。在权威的国际法著作中,有时也可以找到关于现行国际法原则、规则和制度的引证和说明。在这种意义上,司法判例和国际法著作可以说是国际法的补助渊源,但不是直接渊源。”^①

第三节 国际法的编纂

一、国际法编纂的概念

国际法的编纂又称国际法的法典化,即将国际法的规则以类似法典的形式进行明确化和系统化的过程。通过国际会议和国际组织以国际公约的方式进行国际法的编著,既是现代国际法发展的重要方式,又是现代国际法发展的重要趋势。国际法虽然由国际条约和国际习惯作为其主要渊源,但先前的国际法规则,表现在个别条约和国际习惯上,有些内容缺乏应有的规则,或有的规则不够明确,或对某项规则的解释不同,甚至有的规则已不符合当前的实际情况。通过国际法的编纂使国际法的原则、规则、规章和制度加以条文化和系统化,以消除其缺乏精确性的特点。

国际法编纂的形式有:

(一)全面编纂和个别编纂

从编纂的内容看,全面编纂是将整个国际法编纂为一个法典,即国际法的全面法典。个别编纂是将国际法规范分门别类编纂,即国际法的个别法典。后者是目前国际法编纂的主要形式。

(二)官方编纂和非官方编纂

从编纂的主体看,官方编纂是指由国际外交会议或政府间国际组织进行的编纂。只有政府间的国际法编纂,才是通常所指的国际法编纂。这种编纂的方式是制定对缔约各国有拘束力的一般国际公约。如1961年《维也纳外交关系公约》,1963年《维也纳领事关系公约》以及1969年《特别使团公约》等,这是国际法中关于使领馆制度部分的编纂。又如1982年《海洋法公约》(含1994年全面通过并实施的《公约》第11部分),就是国际法中关于海洋法部分的编纂。非官方编纂是指个人或学术团体的编纂,如1868年瑞士人布伦执礼出版了《现代国际法法典》,1872年美国人费尔德发表了《国际法大纲草案》等。学术团体对国际法的编纂,如国际法学会于1880年出版《陆战法规手册》、1913年又编纂出版了《海战手册》,特别是1873年建立的国际法研究院和国际法协会一直在这方面发挥着重要作用。

^① 王铁崖:《国际法的渊源》,载邓正来编:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第174~175页。