

全国高等教育自学考试复习丛书《辅导与练习》

国际法学

FUDAOYULIANXI

主 编 徐学鹿 林新祝

辅导与练习

对外经济贸易教育出版社

编写组成员（以姓氏笔划为序）

包 林	华 静	毕 群	刘凯湘
何 蓉	张鸣芳	林新祝	段新安
徐康平	徐学鹿	高维德	阎冀生
董铁英	费得心	薛扶民	熊德州

全国高等教育自学考试复习丛书

国 际 法 学

辅导与练习

对外贸易教育出版社出版发行

天津市蓟县印刷厂印刷

开本787×1092 1/16·印张13 字数330千字

1989年1月第一版·1989年一月第1次印刷

印数1—15,000册·定价5.95元

ISBN 7-81000-234-1/G·080

序

党的十一届三中全会以来,我国教育制度改革的重要成果之一,就是被称为“没有围墙的学校”的高等教育自学考试。高等教育自学考试,以其灵活、开放的教学方式,有助于在职人员开展业余学习,并可以减少工学矛盾的特点,越来越受到人们的注目与厚爱。然而,由于目前尚未有可供全国高等教育自学考试配套使用的学习资料,而使不少应考者感到很不方便。为了使全国高等教育自学考试总体标准的具体化,同时,为了统一考试标准,经国家教育委员会批准,全国高等教育自学考试指导委员会于1988年3月,制订并颁布了全国高等教育自学考试各专业《课程自学考试大纲》;国务院亦于1988年3月,颁布了《高等教育自学考试暂行条例》。为认真贯彻、执行《条例》,我们组织首都数十所高等院校的百余名专家、学者、教授、研究生,严格按照《课程自学考试大纲》这个国家考试的法规性文件,编写了目前国内第一套,更是唯一的一套,供全国高等教育自学考试参加者复习专用书。

参加本丛书编写工作的,全部为首都长年工作在教学第一线,具有极其丰富教学经验和崇高威望的专家、学者、教授、研究生;他们当中,不仅有国内现行的普通高等院校《教学(考试)大纲》的制订、教材编(著)写工作的参加者,更有全国高等教育自学考试《课程自学考试大纲》的制订、试卷命题、试卷评判的参与者,所以,无论在内容上,还是在质量上,本丛书实为一套具有权威性、指导性、实用性的全国高等教育自学考试参加者复习专用书。

考虑到高等教育自学考试既不同于学校的正规教育,又区别于函授教育这个特点,所以,我们在编写时,注意到了以下几点:

- 1.根据应考者在复习中出现的常规性、普遍性问题,从解题思路、解题技巧上给予回答,帮助学习者提高学习质量,加快自学成效的速度。
- 2.吸收了往年全国高等教育自学考试命题之规律及多家出版社已出版的此类图书(含教科书)之精华,使内容具有一定的新型性、启示性和探索性。
- 3.在内容安排上,既保持了教材的权威性,又有一定的通用性;既考虑到教材使用所应有的相对稳定性,又考虑到教学内容的超前性,把内涵深邃的学科内容,寓于富有吸引力、想象力的知识体裁之中。
- 4.本丛书又以容量大而著称。基本知识部分,在《课程自学考试大纲》要求必须掌握的全部重点知识的前提下,对现行教材又作了必要的精选,叙述力求简单明确,点线清楚,以减少使用者在学习理解、记忆的负担。客观性题型达到全部练习的三分之二,非客观性题,均分点、分段、分层次、分步骤地进行评析,使考生对每道题中应有多少个知识要点一目了然。

《辅导与练习》将在开拓使用者的视野上,以及将教材与习题互为一体、相互转化,相辅相承等方面,进行一些大胆的探索与尝试。在加大练习量的同时,更加注意到其质量的提高,力求使其在内容上和质量上,更实用些、更完善些……

《辅导与练习》既是几年来全国高等教育自学考试的精神所在，又是教科书，也是习题集，更是全国高等教育自学考试参加者必不可少的学习手册和参考资料。严格地、完全地依据《大纲》，以自学与自测相结合、知识与运用相结合、学习与提高相和合、教材与习题相结合为原则进行编写，集权威性、指导性、实用性于一体，是本丛书的最大特点之所在！

由于《辅导与练习》是第一套专供全国高等教育自学考试参加者复习之用书，加之时间紧迫，故书中难免会出现这样或那样的纰漏，还请广大读者多多谅解；为广大应考者提供一套较为理想的复习资料，是我们编写这套复习丛书的初衷，而成为广大应考者学习上的益友良朋、雅侣益伴，更是我们的希望。

作为国内第一套专供全国高等教育自学考试参加者复习专用书的《辅导与练习》是会给您的学习提供一些帮助的，也会是大有裨益的，相信您得到本丛书后，只要展卷捧读，就会爱不释手的，我想是这样的。

《辅导与练习》丛书编写委员会

主任委员：鹤 莎

1989年1月

目 录

第一章 导论	1
第一节 国际法的概念	1
第二节 国际法的来源与发展	3
第三节 国际法的编纂	5
第四节 国际法的渊源	6
第五节 国际法与国内法的关系	8
思考与练习参考答案要点	10
第二章 国际法的基本原则	13
第一节 基本原则的概念	13
第二节 联合国宪章中体现的国际法基本因则	14
第三节 和平共处五项原则	15
思考与练习参考答案要点	18
第三章 国际法的主体	22
第一节 国际法主体的概念	22
第二节 国际法的基本主体——国家	22
第三节 国际法的其他主体	23
第四节 国际法上的承认	24
第五节 国际法上的继承	26
第六节 国际法上的国家责任	28
思考与练习参考答案要点	31
第四章 国家领土	34
第一节 国家领土与领土主权	34
第二节 领土的取得和变更	36
第三节 国家边界	39
第四节 南北极	40
思考与练习参考答案要点	41
第五章 海洋法	44
第一节 概况	44
第二节 内海海域	47
第三节 领海和毗连区	49
第四节 专属经济区	52
第五节 大陆架	54
第六节 用于国际航行的海峡	56
第七节 公海	57
第八节 国际海底区域	59
第九节 海洋环境保护与海洋科学研究	61
思考与练习参考答案要点	61

第六章 空气空间与外层空间	67
第一节 空气空间	67
第二节 外层空间	73
思考与练习参考答案要点	76
第七章 国际法上的居民	79
第一节 国籍	79
第二节 外国人的法律地位	83
第三节 人权问题	85
第四节 庇护和引渡	87
思考与练习参考答案要点	88
第八章 外交和领事关系	93
第一节 外交关系、外交关系机关和外交关系法	93
第二节 外交代表机关和外交代表	94
第三节 使馆及其人员的特权和豁免	97
第四节 领事制度概况	101
思考与练习参考答案要点	103
第九章 条约	106
第一节 概况	106
第二节 条约的缔结	108
第三节 条约的效力	111
第四节 条约的终止和停止施行	112
第五节 条约的解释	115
思考与练习参考答案要点	115
第十章 国际组织	119
第一节 国际组织概况	119
第二节 联合国	121
第三节 专门性国际组织和区域性国际组织	127
思考与练习参考答案要点	134
第十一章 国际经济法	139
第一节 国际经济法的形成和发展	139
第二节 国际经济法的概念和范围	141
第三节 国际经济组织	148
思考与练习参考答案要点	151
第十二章 和平解决国际争端	154
第一节 概况	154
第二节 国际争端的政治解决方法	156
第三节 国际争端的法律解决方法	158
第四节 通过国际组织解决争端	165
思考与练习参考答案要点	167

第十三章 战争法	172
第一节 战争与国际法.....	172
第二节 战争的开始和结束.....	177
第三节 战争法规的基本内容.....	182
第四节 战时中立.....	191
第五节 战争犯罪及其责任.....	192
思考与练习及参考答案.....	194

第一章 导论

第一节 国际法的概念

国际法，旧称“万国法”或“万民法”，它是随着人类社会国家的出现而产生，伴随着国家之间的交往逐步形成而发展起来的。国际法，主要是国家之间的法律，是调整国家之间关系的有拘束力的原则、规则、规章和制度的总体。与国内法比较而言，国际法是法律的一个特殊体系。

一、国际法的定义

什么是国际法？这是国际法中的一个根本性问题，也是比较复杂的难点。研究国际法的学者都试图给国际法下一个比较科学的定义，以说明国际法的本质和特点。按马克思主义的法学原理，法是由国家制定的，体现统治者意志的、并由国家强制力保障实施的行为规范的总称。以此来理解国内法，是不困难的。但国际法不是一国的法，而是国家间的法。各国间并无共同的经济基础，各国统治者的意志也不都一致，那又怎么理解国际法呢？

在西方国际法权威中，《奥本海国际法》关于国际法的定义是：“万国公法或国际法是一个名称，用以指文明国家认为在它们彼此交往上有法律的拘束力的习惯和协定规则的总体。”^①奥本海的国际法定义，把国际法局限于所谓文明国家，把东方许多文明古国排斥在国际法之外。

1978年苏联出版的《国际法》认为：“国际法是一个特殊的法律规范体系，这些规范调整国家及其他主体的相互关系，表现国家的协调意识和通过国家的协议产生，由国家以包括使用强制手段在内的单独的或集体的力量予以保障。”^②这与我们对国际法的理解相近。

我们认为，国际法是国家间的法律，主要是调整国家间关系的有拘束力的原则、规则、规章和制度的总体。

这些原则、规则、规章和制度从国际关系中产生，又调整着国际关系中的政治、经济和法律诸方面的关系。

这样一个概念，是在分析国际法本质与特征的基础上提出的，因此，理解什么是国际法必然要分析理解国际法的特点。

二、国际法的特点

国际法是国家在相互交往中产生和发展起来的。是国家在国际关系中应遵循的行为规范，与国内法相比较，是法的一个特殊部门，有其自身的特点。

（一）国际法律关系的主体主要是国家

我们讲国际法的主体主要是国家，是因为在现代国际法的发展中，除国家之外，正在为争取建立独立国家的民族以及国家间的国际组织等，在一定条件和一定范围内也是国际法的主体。但国家是国际法基本的主体，因为：在国际关系内，国家始终居于最主要的地位和起着最重要的作用，国家之间的关系是国际关系的主要内容和基本形式；与此相应，国际

^①转引周鲠生，《国际法》1981年版，第3页。

^②伊格钦纳科等编，《国际法》1982年中译本，第5页。

法调整的主要对象是国家，它的主要内容也是关于国家之间关系的原则、规则、规章和制度，此外，只有国家才拥有完全的权利能力和行为能力。这些都是其他国际法主体所不具备的。自然人和法人不是国际法的主体。

（二）国际法的制订者是国家

我们说国际法是法律的一个特殊体系，是与国内法相比较而言的。国内法的各种规范是由国家的立法机构按照一定的立法程序，颁布、修改或废除的。而国际法就不同了。因为国际法是规定各国相互关系的行为规则，是平等者之间的法，国际上没有也不应该有凌驾于国家之上的立法机关来制定、修改或者废除国际法上的某种原则和制度，也不应该由某一国家或国际组织以命令的方式来制定国际法，规定各国应该遵守什么，不应该做什么等。国际法上的原则、规则、规章和制度只能由国家之间通过平等协商缔结协议，也就是以条约的方式来制定。除国家间的协议外，国际法上的规范还有一部分是国际习惯，即国际上的习惯做法。这些习惯做法，由于各国在国际实践中长期地、反复地使用，为各国所承认为法律，因而具有法律的性质。

从法律所反映的意志看，任何一个国家的法律是国家内部统治阶级意志的一种体现。而国际法是国家参与制定的，各个国家都根据它的国情、外交政策，通过外交实践活动对国际法施加影响，力求把自己的主张和要求反映到国际法律文件中去。但国家对国际法规范的不同态度，只能通过国际协议来协调，所以国际法不是一国统治阶级意志的体现，也不是各国统治阶级共同意志的反映，它是国际力量对比关系的一种法律表现，体现了斗争和妥协。

（三）国际法的强制实施主要靠国际法主体——国家来实行

我们知道，国内法是依靠有组织的强制机关，如法院、警察、军队强制实施法律，但国际上没有也不可能有凌驾于国家之上的有组织的强制机关，它只能由国家单独或集体采取强制措施，以保证国际法的执行。国际上虽然也有国际法院和其他国际裁判或仲裁法庭，但它们没有强制管辖权。《联合国宪章》尽管也有关于执行行动的决定，但它不可能具有强制实施国际法的作用。《联合国宪章》第五十一条规定的联合国会员国在遭到武装攻击，安全理事会未采取行动前，有单独或集体自卫的权利，这是国际法强制的最严重的形式。

上述特征决定了国际法是一个特殊的法律体系，但不能因此得出国际法不是法律或国际法不包括在法律范围之内的结论。如果否定了国际法的法律性质，则构成国际法的原则、规则、规章和制度就失去法律拘束了，正常的国际交往就无法维持。事实上，世界各国都承认国际法作为法律的存在，各国政府在彼此交往中都要遵从国际法原则、规则，都要执行国际规章、制度。

（四）国际法的效力依据

国际法效力的根据是国际法的一个基本理论问题，即国际法究竟依靠什么而对国家有拘束的效力？各国法学家对此问题都提出了主张，形成了各种国际法学派。总的讲，主要分为两大学派，即自然法学派和实在法学派。

盛行于十七、十八世纪欧洲的自然法学派认为，国际法就是自然法，或是自然法的一部分，或者是自然法对国家之间关系的适用。用自然法的观点来看国家之间的关系，认为国际法之所以有效力，是因为国际法是以自然法则为依据的。即认为依靠“人类的理性”，如人类的良知、人类理性、人类的法律意识等等是国际法效力的依据。自然法学派提出的这些抽象的概念，其结果使国际法本身抽象化，最终导致使国际法趋于神化，免不了以宗教来解释国

国际法的效力。有些自然学派国际法学者公然得出这样的结论：国际法的基础是造物主所给予的人类法律意识的共同性。

在十九世纪代替自然法学派而占优势的实在法学派反对自然法学派的种种概念，认为国际法的效力依据不是抽象的“人类理性”，而是现实的国家意志，国家所同意的原则、规则、规章和制度对国家有拘束力，从而成为国际法原则、规则、规章和制度。他们认为国家订立的条约，国家颁发的文件等都是国家意志的表现，国际法的效力依据即各国意志合而成为的“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。

我们认为，国际法的效力依据是各国之间的协议，因为国际法主要是国家之间的法律，而国家间的协议又是通过国家达成的，即国家是国际法的制订者，因此，国际法的效力根据只能是国家本身，也就是国家意志，但不是各国的“共同意志”，而是各国意志之间的协议。所以我们说，国际法不是一国统治阶级意志的表现，也不是各国统治阶级共同意志的反映。

此外，国家通过协议而形成国际法原则、规则、规章和制度，并依据协议而使这些原则、规则、规章和制度对国家有拘束力，这并不是国家凭着自由意志而任意达成协议的，而实际上是因为国家在彼此交往中有这样的需要，国家间需要国际法原则、规则、规章和制度来维持彼此之间的正常关系，许多国际法原则、规则、规章和制度是为了适应这个需要而制订出来的。因此，各国为了自身的利益都承认国际法的作用，并承认其法律性质，接受其法律约束。

国际法的特点和国际法的效力依据表明了国际法既区别于国际道德，也不同于国际礼让。国际法具有强制力，而国际道德和国际礼让都没有强制的效力。国际不道德的行为可以成为条约无效的理由，但不引起国际法律责任；违反国际礼让的行为会影响有关国家之间的关系，但不是非法行为，也不构成国际法律责任。虽然有些国际法规则是从国际礼让规则演变而来的，但国际法与国际礼让，二者性质不同，不能混为一谈。

此外，由于国际法调整的是国家之间的关系，即所谓“公”的关系，因此，国际法又叫国际公法。国际法不同于国际私法。国际私法调整的对象主要是跨国的私人之间的关系，而不是国家之间的关系。国际私法主要是解决跨国的私人之间关系的不同国家的不同法律规定的冲突，包括管辖权的冲突。这种冲突主要由国家自己的法律加以解决，从这个意义上讲，国际私法既是国内法，又属于公法的范畴。在有些国家，国际私法往往被称为“冲突法”，各国在解决某些法律冲突问题上，如果采取同样的原则、规则，就会形成共同的原则、规则，产生有关的国际习惯甚至国际公约，因此，从这个意义上讲，国际公法虽区别于国际私法，但二者又有密切的关系。

第二节 国际法的来源与发展

一、国际法的来源

国际法的原则和规则是在国际关系中逐渐形成的。任何一个历史时期，在国家之间的相

互关系中产生过有约束力的国际关系的行为规则。在古代埃及,公元前一千几百年前就有对外往来关系的记载。公元前1296年埃及法老和赫梯国王缔结的同盟条约,可以说是最古老的条约。在古代希腊,众多的城邦国家在相互往来关系中形成了一些原则、规则、规章和制度。它们不仅互派使节,从事贸易,订立条约,而且建立联盟,实行仲裁以解决纠纷,甚至在战争时也有一定的应予遵守的规则,如宣战,战俘等。不过,在当时,这些原则、规则、规章和制度是以宗教为其效力依据的,与近代国际法不相同。

在我国,春秋战国时代,虽曾有过国际法这种社会现象,如邦交、结盟、使节、条约、战争法规等方面的规则,但这些都不是近代意义上的国际法。近代意义上的国际法,是十九世纪中叶传入我国的。1864年,美国人丁韪良,把美国国际法学者惠顿的《国际法原理》介绍到中国。

古代罗马对国际法的发展提高了一步,其特点是不仅有一些原则、规则、规章和制度,而且它们脱离宗教的范围而法律化了。古罗马的“万民法”调整罗马人和外国人之间的关系。被称为国际法始祖的格老秀斯曾经把国际习惯法称为“万民法”,从而,“万民法”被认为是国际法的前身。不过,严格地讲来,“万民法”是国内法,而不是国际法。

现代意义上的国际法是近代欧洲的产物。15、16世纪,欧洲文艺复兴和宗教改革,打破了神圣罗马帝国统治欧洲的局面,当时在欧洲由于各主权国家独立,它们彼此在相互关系上形成了共同遵守的惯例和规则,例如,关于外交使节制度等。与此同时,一些法学家开始研究各独立国家形成后的情况,思考国际关系与国际法的各种问题,他们的行动对国际法学的建立和近代国际法的形成与发展,都起了积极的推动作用。

1625年,荷兰法学家格老秀斯的《战争与和平法》第一次系统地论述了国际法的主要内容,概括了国际法的全部范围,奠定了近代国际法的基础。

1648年,欧洲各独立国家为结束三十年战争,而召开的威斯特伐里亚公会,确立了主权平等和领土主权等近代国际法的重要原则,近代国际法由此产生。

威斯特伐里亚公会之后,随着资本主义经济的形成,资产阶级国家间关系的发展,使得它们需要制定相互交往的规则。资产阶级革命,特别是1789年的法国大革命,对于国际法的发展产生了巨大的影响。法国革命提出国家的基本权利和义务的概念,主张国家主权原则。1793年的法国宪法宣布民族自决和不许干涉内政原则。

1899年和1907年两次海牙保卫和平会议通过了一系列的公约,这些公约都集中在关于和平解决国际争端、战争法规和惯例的规则上,这些对国际法中战争法的发展具有决定性的意义。在两次海牙会议上还设立了常设仲裁法院。

资产阶级革命产生的一些国际法原则、规则、规章和制度,是为资产阶级国家服务的,但它们有一定的进步性,因而持久地构成国际法的一部分。然而,随着资本主义发展到帝国主义时期,帝国主义对外进行殖民掠夺,国际关系中充斥着强国欺弱国,国家间相互倾轧,一些进步的原则、规则名存实亡了,却确立了一些与帝国主义政策相适应的原则、规则、规章和制度,如,所谓正统主义、神圣同盟;所谓合法干涉、势力范围、围领事裁判权制度、租界、租借地等等,这些反动的国际法原则、规则、规章和制度阻碍了国际法向和平与正义的正确方向发展。第一次世界大战又破坏了一系列国际法原则、规则、规章和制度。但不管怎样,国家要发展对外关系,国家间要相互往来,国际法就必然要往前发展。1917年,十月社会主义革命提出了“不兼并和不赔款”的民主概念,宣布侵略战争为反人类罪行,废除秘

密外交和废除不平等条约的正义主张，使国际法进入了一个新的发展阶段。第一次世界大战后，签订了《国际联盟盟约》建立了历史上第一个世界性的国际组织——国际联盟；通过了《国际常设法院规约》，设立了历史上第一个国际司法组织。1928年，《巴黎非战公约》反对以战争解决国际争端和废除战争为“施行国家政策的工具”。与此同时，开始了国际法的编纂工作。

第一次世界大战和十月社会主义革命后，传统的国际法有了变化，国际法的发展进入了一个新的阶段。

二、国际法的新发展

在国际法新的发展阶段，第二次世界大战又严重破坏了国际法的一些重大原则，但大战后，《联合国宪章》的产生和联合国组织的建立，以及新独立国家的兴起，国际组织的增加国际经济秩序的变动和科学技术的迅猛发展，使得国际法的内容大大丰富了。

战后新独立的国家形成第三世界，改变了国际上政治力量的对比。新独立国家对国际法的态度使国际法受到重大的影响。它们要求国际法的发展适应已经改变了和尚在变革中的国际关系。在新独立国家的强烈要求下，在联合国的主持下，确立了大量的国际法原则、规则、规章和制度。如和平共处五项原则，自然资源永久主权原则，联合国关于建立新的国际经济秩序的“宣言”、“行动纲领”等。这些都是新独立的国家对现代国际法的重大贡献。

战后，除全球性的国际政治组织外，还出现了许多区域性的政治组织、经济组织和其他专门机构，大量的国际组织的出现及它们在国际事务中的作用，给国际法提出了一系列新的问题，传统的国际法关于国家是唯一的国际法主体的观念，不能适应发展中的国际关系，国际组织的扩增所产生的国际法原则、规则、规章和制度，使得它在一定范围内也是国际法主体，而且还在国际法内产生了相应的“国际组织法”或“国际机构法”等分支。

战后国际经济关系的发展促进了国际法的发展。众多新独立的国家随着政治上的独立，相应地要求经济上的独立，要求建立新的国际经济秩序代替旧的国际经济秩序。在第三世界国家的推动下，联合国大会通过了一系列重要文件，如《建立新的国际经济秩序宣言》、《各国经济权利和义务宪章》等，并在国际法内产生了国际经济法这一重要分支，在国际法中占重要地位。

此外，科学技术的迅猛发展使得国际法也有了新的大发展。如海洋法的产生，关于领海制度、大陆架、专属经济区等，新出现的国际航空法；联合国大会通过的《关于各国在探索和利用外层空间活动的法律原则的宣言》而诞生的外层空间法或称宇宙法、太空法，国际环境法、极洲的法律地位等等，都是科学技术的发展给国际法带来的新内容，虽然关于这些新问题、新内容还没有完全建立其完整的法律体系，但它们作为国际法的组成部分，正在向前发展。

第三节 国际法的编纂

一、国际法的编纂

国际法的编纂就是把原属于习惯法性质的原则、规则、规章和制度法典化，或者将它们纳入一个全面的法典之中，或者编纂成为许多个别的法典。所谓国际法的法典化实际上是指将国际法原则、规则、规章和制度在一般性国际公约中加以规定。

国际法的编纂有非官方和官方两种。非官方的编纂，即法学家或学术团体进行的编纂，非官方的编纂对国际法的发展，特别是对国际法的编纂有一定的影响，但没有正式的拘束力。

官方的国际法的编纂，即政府间的国际法的编纂，这种编纂的方式是各国之间有拘束力的一般性国际公约，例如，1961年维也纳外交关系公约，1963年领事关系公约以及1969年特别使团公约等就是国际法中关于使领馆制度部分的编纂。

编纂就其范围来讲，可以分为全球性的编纂和区域性的编纂。如联合国国际法委员会从事全球性的国际法的编纂工作，一些区域性的团体如亚非法律协商委员会、美洲法律委员会、欧洲法律合作委员会和阿拉伯国际法委员会则注意从事区域性的国际法的编纂工作。

广义的国际法的编纂既指对现有的国际法原则、规则、规章和制度的明确化和系统化，也包括对正在形成中的国际法原则、规则、规章和制度的发展的明确化和系统化。

二、国际法的编纂的发展

国际法的编纂，就非官方的编纂而言，早在十八世纪就开始了。官方的编纂可以追溯到十九世纪初叶。1815年的维也纳会议，1818年亚琛会议决定了外交代表的等级，十九世纪中叶，特别是十九世纪末，对战争法规与惯例进行了大规模的编纂。如1856年在巴黎签订的海战宣言，1899年和1907年两次海牙和平会议关于陆战、海战的宣言、公约以及和平解决国际争端和中立规则等。

1930年3月，第一次国际法编纂会议在海牙召开，会议就国籍、领水和国家责任问题进行了讨论，并就国籍问题通过了四个文件。

二次大战后，联合国为搞好国际法的编纂，贯彻宪章第十三条的规定，于1947年第二届联合国大会决定成立国际法委员会，并通过了国际法院规约。委员会自成立以来，取得了积极的工作成就，对国际法的编纂作出了贡献。经国际法委员会拟定的一些项目草案有：（一）各国权利与义务宣言草案；（二）纽伦堡宪章和法庭判决书中承认的国际法原则；（三）破坏人类和平与安全罪法典草案；（四）消除未来无国籍条文草案；（五）仲裁程序示范规则；（六）最惠国条款条文草案。在国际法委员会草拟的公约的基础上经联合国主持的多边公约有：（一）1958年日内瓦海洋法四公约；（二）1961年减少无国籍状态公约；（三）1961年维也纳外交关系公约；（四）1963年维也纳领事关系公约；（五）1969年特别使团公约；（六）1969年条约法公约；（七）1973年防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表罪行的公约；（八）1975年维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约；（九）1978年，关于国家在条约方面继承的维也纳公约。

此外，国际法委会还在审议的有条约以外事项的国家继承、国家责任、国家和国际组织之间和两个或两个以上国际组织之间缔结的条约、国家及其财产的管辖豁免等项目。

第四节 国际法的渊源

一、国际法渊源的概念

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。

国际法的渊源既不同于“原因”，也不等于“证据”，而仅仅是指它法律上的来源，即国际法这种行为规则所由发生和取得法律效力的历史事实。

关于国际法的渊源，有各种不同的说法，如有的学者认为国际法的渊源是指国际法产生的原因，有的学者认为国际法的渊源是指国际法的基础，还有的学者认为国际法的渊源指国际法的证据等等，我们则认为，国际法的渊源说明的是一些原则、规则、规章和制度作为国际法原则、规则、规章和制度的存在，即国际法原则、规则、规章和制度第一次出现的地方。尽管关于国际法的渊源有各种不同的理解，但国际条约和国际习惯是国际法最主要最基本的渊源，则是大家都承认的。除国际条约和国际习惯外，国际法是否还有其他渊源，是有争论的。按《国际法院规约》第38条列举的法院在裁判案件时应适用的法律为：（1）国际条约；（2）国际习惯；（3）一般法律原则；（4）司法判例及各国权威最高之公法家学说，许多学者把这一条作为国际法渊源的权威说明。

二、国际条约

国际条约是国际法最主要的渊源。国际条约是基于自愿原则所签订的，并为世界各国所公认的条约，即明示协议，约定必须遵守的。国际条约有多边条约和双边条约之分，就拘束力而言，任何条约都是一样的，对缔约国具有约束力。但作为国际法的渊源，最重要的是大多数国家参加的多边条约，即多边的国际公约，它们构成各国间的一般国际法。这就是说，具备以下两个条件的国际条约，才构成一般国际法的渊源：（1）有普遍性。即有多数国家参加，因而具有普遍的约束力；（2）有造法性。即具有创立或变更国际法原则、规则、规章和制度的性质。两个或少数国家就其特定关系而缔结的条约，称为契约性条约。契约性条约不构成一般国际法的渊源。如果有许多这类条约规定内容相同的规则，从而构成许多国家对这类规则的承认，这类规则便可能逐渐形成国际法的一般原则，而规定这类规则的条约也可以成为国际法的渊源。那些不产生国际法规范，只是适用国际法规范解决某些国际问题的条约，即所谓适法条约，以及不平等条约，都不是国际法的渊源。

三、国际习惯

国际习惯是国际法的另一个主要渊源，它是在国家交往关系中逐渐形成，长期反复适用，并为各国所公认的具有约束力的准则、先例和习惯做法。国际法上许多领域内的规则，如海洋法、外交法、领事法、条约法等，都属于习惯法，二次大战后，被陆续制定成国际公约。在现代国际社会，由于国家间交往频繁，国际习惯法的形成进程加快了，如大陆架、专属经济区、外属空间的法律制度等，在未被订成国际公约以前，很快就被各国所承认。

国际习惯与国际条约不同，它是“不成文”的，就是说，它没有一个法律文本的形式得以表现。国际习惯作为国际法的渊源主要在以下三种形式中得以表现：（1）国家之间的外交关系，表现为条约、宣言、声明和各种外交文书等；（2）国际机构的实践，表现为决议、判决等；（3）国家内部行为，表现为国内法规、判决、行政命令等。

四、一般法律原则

关于一般法律原则的含义，有三种不同的见解。第一种见解认为，一般法律原则是一般国际法原则，或者是国际法基本原则。国际法院应该适用国际法，这国际法就包括国际法的一般原则或基本原则。

第二种见解把一般法律原则解释为“一般法律意识”所产生的原则，认为国际社会象国内社会一样有一种共同的法律意识，可以从这共同的法律意识引伸出一些原则而构成一般法律原则。

第三种见解认为一般法律原则应是为各国法律体系所共有的原则。

第一种见解所理解的一般法律原则自身有矛盾的地方；按第二种见解所设想的国际社会中共同的法律意识，事实上是不存在的；按第三种见解，尽管各国法律体系不同，甚至法律性质也完全不同，但它们之间还是存在一些相同的法律原则，虽然这些原则的内容并不完全相同，例如，各国法律体系都有时效的概念和制度，虽然其内容和条件有所不同，但任何法律体系都承认，权利可依时效而取消或消灭。因此，第三种见解是可以采纳的，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则。

一般法律原则而且是各国所承认的一般法律原则才是国际法的渊源，但不是独立的国际法渊源，因为被各国所承认的法律原则融合在国际法的两个主要渊源——国际条约和国际习惯之中了。

司法判例和公法学家的学说，对确定国际法的渊源和帮助人们理解国际法上的各种规则有较大的意义，但不构成国际法的渊源。

第五节 国际法与国内法的关系

国际法作为一个特殊的法律体系，要理解其本质，就需要弄清国际法与国内法的关系，这里既有基本理论问题，也有实践问题。分析国际法与国内法的关系，对我们学好国际法有着实际的意义。

一、关于国际法与国内法关系的理论

在理论上，关于国际法与国内法的关系，主要有三种理论：（1）国内法优于国际法；（2）国际法优于国内法；（3）国际法与国内法各成独立的法律体系。前两种理论在国际法上称为一元论，第三种理论在国际法上称为二元论。

（一）二元论

二元论把国际法与国内法截然分开，看成是完全不同的体系，其依据是：（1）从法的主体看，国际法是以国家间的相互关系作为调整对象，国际法的主体是国家。而国内法的主体除国家外，还有自然人、法人，而且国际法的主体相互间是平等的，国内法的主体相互间并不都是平等的，有平等主体间的关系，也有主体间的从属关系。（2）国际法与国内法的渊源不同。国际法的渊源是条约和惯例，国内法的渊源则主要是经国家确认的习惯和立法机关所制定的法律。因此，国内法与国际法是各自独立的两个法律体系。

二元论产生于19世纪末和20世纪初，以德国柏林大学教授特里佩尔和意大利的安齐洛蒂为代表。二元论学说在当时基本上符合工业资本主义时期国家间关系的实际情况。但随着资本主义发展到帝国主义，由于重新瓜分世界的需要，它们既想摆脱国际法的束缚，又企图利用国际法把自己的意志强加于别国，于是，把国际法与国内法的关系归结为一个优先于另一个。

（二）国内法优先说

国内法优先说在19世纪末和20世纪初产生于德国，以耶利内克、佐思等人为代表。这种学说把国际法看成是国家的对外公法，是国内法的一部分，其效力来自国家本身。认为国家的意志表现为它的法律，因此，国家在一切范围内的活动，包括国家在国际事务方面的活动，都要依据其国内法，国际法也只有依据国内法而产生效力。

国内法优先说产生于德国，是为当时的德帝国主义的侵略扩张服务的，在一次大战后则

日趋衰落，逐渐被国际法优先说所代替。

（三）国际法优先说

国际法优先说在二次大战后得以广泛流传，其代表人物是凯尔逊、维尔德洛斯等。该学说认为，法律规范是从另一个规范产生的，整个法律规范就象一座金字塔一样，它的最高点是“最高规范”，即“约定必须遵守”或“国际社会必须尊重”，认为国际法高于任何国家的国内法，国内法须服从国际法的支配。其结果是否定和推翻国家主权原则，使国际法成为高于国家之上的“世界法”、“超国家法”，这也就改变了国际法的性质和方向，这在理论上站不住脚，在实践中也是有害的。

天论是一元论的学说，还是二元论的观点，由于其理论根据和出发点是片面的和反动的，因此，它们都不可能正确地分析反映国际法与国内法二者间的相互关系。

二、关于国际法与国内法关系的实践

由于各国关于国际法与国内法关系的情况不同，实践中，处理国际法与国内法关系的具体情况就比较复杂。但总起来讲，二者是相互渗透和补充的关系。这种关系可以从国际法与国内法两方面来看。

（一）从国际法角度看：

1. 国际法的原则性规定要求国内法作出具体规定。如果国内法没有必要的具体规定，国际法的原则规定就失去意义。例如，按照国际法，国家有缔结条约的能力，而缔结条约的权力则按照国家的宪法规定由有关国家机关行使。如果国家的宪法没有关于某一机关或某些机关行使缔结条约的权力的规定，在国际法上，国家缔结条约的能力就难以实现。

2. 国家不能用国内法来改变国际法的现有原则、规则、规章和制度。这是一项公认的国际法原则。

3. 国际法不能干涉国内法。按照国际法的基本原则，尊重国家主权和不干涉国家的内政，国际法无权干涉国内法，例如，国籍基本上是属于国内管辖的事项，由各国法律加以规定，国际法就不能任意进行干预。

（二）从国内法角度看：

1. 国际法被认为是国内法的一部分，因而在国内具有法律效力。在英美普通法国家里有一项普通法原则，认为国际法“是国内法的一部分”。这一原则在一些国家的宪法里有所反映。例如，1949年德意志联邦共和国基本法第25条规定，“一般国际法规则构成联邦法律的一部分”。1946年日本宪法第98条规定，“日本国缔结之条约及确立之国际法规，必须忠实遵守之”。其他国家宪法也有类似的规定。

2. 在国内法上就国际法的原则、规则、规章和制度作出规定。为了实施国际法，国家就有必要在国内法上对国际法原则、规则、规章和制度加以规定。例如，外交特权与豁免制度，不少国家都制定专门的法律加以规定。有的国内法为了在国内实施国际法仅作原则的规定，而让国际法原则、规则和规章、制度来将其具体化。如我国刑法第8条规定，“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决”。我国刑法只作原则性规定，而具体问题则按国际法解释。

3. 国内法与一般国际法相冲突时，把国际法作为国内法的一部分或视为高于国内法；国内法与条约相冲突时，“自执行条约”在国内具有执行效力，其他条约要通过国内立法的“采纳”或“转化”才有效力。国内法与条约相冲突时，国内法院往往有责任适用国内法，

由此而产生的违反条约义务的违法行为，国家应承担国际责任。

关于国际法与国内法的关系问题，在理论上有上述三种学说，在实践中存在上述几种客观情况。辩证地、全面地分析国际法与国内法的关系，即二者的地位和效力问题，我们认为可以这样总结：从国际法看，公认的国际法原则和制度是各国应该遵守的，任何国家都不能用国内法来加以改变或否定；同时，国家是主权国家，国际法也不能干预国家所制定的国内法，这是国际法不干涉内政原则的具体体现。从国内法看，由于国际法主要是由各国协议制定的或者公认的，即每个国家参与制定的，因此，在原则上，它在国内应与国内法处于同等的地位，具有同等的法律效力。承认国家主权，就必须承认国内法在国家管辖范围内的实际效力，既国际法必须尊重国内法；同时，国家既然承担了国际法上的义务，就必须保障国际法的有关规范在其领域内的效力。如果国际法规范与国内法规范发生冲突，国家有责任采取必要措施加以调整，以实现国家对国际法所承担的义务。因此，我们说国际法与国内法是密切联系，互为补充，彼此不是对立的，也不存在谁优先于谁的问题。

思考与练习

一、名词解释

1. 国际法
2. 自然法学派
3. 实在法学派
4. 国际法的编纂
5. 国际法的渊源

二、判断正误（对的划“√”，错的划“×”）

1. 国际法的制订者包括国家，而主要的是国家以外的其他国际法主体。（ ）
2. 国际法的强制实施主要依靠国际法主体——国家。（ ）
3. 国际礼让是国际法的主要内容之一。（ ）
4. 国际法的编纂都是由法学家们来进行的。（ ）
5. 国际法的渊源主要是一般法律原则。（ ）

三、填空题

1. 关于国际法效力的依据问题，在理论上曾有两大主要学派，即_____和_____。
2. 格老秀斯的《_____》，奠定了近代国际法的基础。
3. _____和_____是国际法最主要的渊源。
4. 国际法的编纂有_____和_____两种。

四、简答题

1. 简析国际法的效力依据。
2. 简述关于国际法与国内法关系的三种理论。

五、论述题

分析国际法的特点，说明国际法和国内法的相互关系。