



法律硕士教材建设丛书



国际法专题研究

王丽华 等◎著



苏州大学出版社

法律硕士教材建设丛书

国际法专题研究

王丽华 等 著

苏州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法专题研究 / 王丽华等著. — 苏州: 苏州大学出版社, 2014. 12
(法律硕士教材建设丛书)
ISBN 978-7-5672-1085-1

I. ①国… II. ①王… III. ①国际法—研究生—教材
IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 272195 号

国际法专题研究

王丽华 等 著

责任编辑 李 敏 许周鹑

苏州大学出版社出版发行

(地址: 苏州市十梓街 1 号 邮编: 215006)

苏州恒久印务有限公司印装

(地址: 苏州市友新路 28 号东侧 邮编: 215128)

开本 700 mm×1 000 mm 1/16 印张 26.25 字数 457 千

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5672-1085-1 定价: 52.00 元

苏州大学版图书若有印装错误, 本社负责调换

苏州大学出版社营销部 电话: 0512-65225020

苏州大学出版社网址 <http://www.sudapress.com>

前 言

国际法学是我院法律硕士研究生的必修课程,为配合这门课程的教学,我们撰写了《国际法专题研究》这部教材。本教材的国际法学是指国际公法学,即以国际关系,主要是国家间的政治、经济、军事、文化、外交等关系为调整对象的一个独特的部门法学。国际公法学不仅研究国际公法的一般理论,还研究国际公法的具体制度,如条约法律制度、海洋法律制度、国际人权法律制度、外交与领事关系法律制度、战争与武装冲突法律制度等。

本教材采取国际法学的基本介绍、热点问题探讨与作者本人的研究相结合的方法,选取了十三个研究专题展开论述,涉及国际法的基本理论、基本制度与热点问题,体现了学术的前沿性、问题的现实性及视角的新颖性等特点,为硕士研究生修读本课程提供了一个基本的学术理论体系。

本书虽然以《国际法专题研究》命名,但由于时间紧迫,参编人员学术水平与研究能力有限,有些问题的研究可能不够深刻,错误疏漏在所难免,恳请学术前辈、同仁及读者朋友批评指正。

本书在写作过程中,得到了加拿大阿尔贝塔大学法学院教授 JOANNA HARRINGTON、华东政法大学助理研究员俞世峰博士的帮助,在此深表谢意。本书参考了大量的有关学术文献资料和调研报告,在此谨向这些作者表示感谢。

教材编撰分工如下:

王丽华:专论五;

谢可训:专论二、专论十二;

刘恩媛:专论一、专论六、专论十;

万 震:专论三、专论十一、专论十三、专论十四;

侯幼萍:专论八;

齐 萌:专论九;

JOANNA HARRINGTON:专论七;

俞世峰:专论四。

目 录

Contents

第一编 国际法基本理论 /1

- 专论一 国际法与国内法的关系 /3
- 专论二 国际法上的国家主权 /21
- 专论三 自卫权理论的发展与变化 /53
- 专论四 保护性管辖权法律制度 /82
- 专论五 国家管辖豁免 /111

第二编 国际法的新发展 /141

- 专论六 国际法对个人权利的保护 /143
- 专论七 保护过程中的责任及其对保护责任的影响 /179
- 专论八 海洋法问题研究 /199
- 专论九 国际刑法新发展 /236
- 专论十 国际法与环境保护 /271
- 专论十一 国际组织与国际法 /304
- 专论十二 条约冲突及其解决的成文法规则
——《维也纳条约法公约》第30条详述 /336

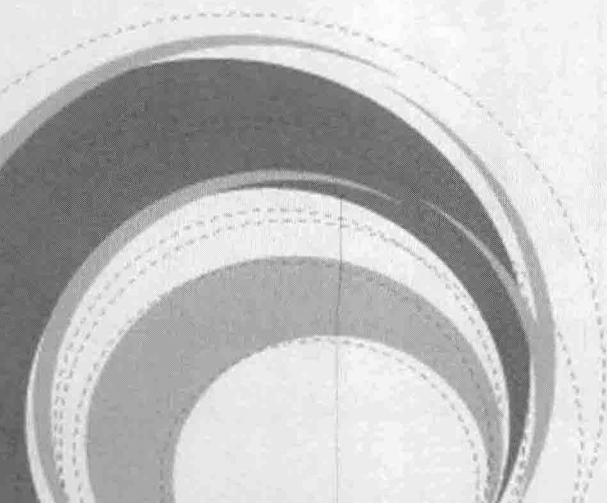
第三编 国际法史 /373

- 专论十三 国际法史研究 /375
- 专论十四 国际法与中国 /386

后记 /414

第一编

国际法基本理论



专论一

国际法与国内法的关系

一、概 说

国际法与国内法的关系既是一个理论问题,也是一个实践问题。各国都面临着国际法在国内实施的问题,特别是现代国际社会条约数量呈爆炸式增长,使该问题受到更多的关注。该问题之所以受到重视,是因为它本身带有强烈的理论性质,不仅涉及国际法的性质、国际法的渊源、国际法的效力根据、国际法主体等国际法上的根本性问题,而且应该说与这些问题有连带关系。^{〔1〕}

总的说来,在国际法与国内法关系的讨论中,从理论上探讨国际法与国内法关系的学者主要来自欧洲大陆国家,普通法系国家一般不重视理论问题,而是偏重于各国国际法与国内法关系的实践。一些英美学者认为,国际法与国内法关系的理论并不能解决实际问题,如《奥本海国际法》认为:“……学说上的争论大部分是没有实际结果的,因为所引起的主要问题——各国如何在它们的内部法律秩序的框架内适用国际法规则?以及国际法规和国内法的冲突如何解决?——不是参照学说来回答的,而要看种种国内法律和规则的规则是怎么规定的。”^{〔2〕}其实,国际法与国内法关系的理论和实践是相互联系和相互影响的。理论是以各国实践为背景,而国家实践的发展必然会引起两者关系的理论发生变化。无论是国际法院还是国内法院,在国际法与国内法发生冲突时,都要考虑国际法优先还是国内法优先。在解决这些问题时,相关机构必然在一定程度上受到国际法与国内法关系理论的影响。

〔1〕 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第177页。

〔2〕 [英]詹宁斯·瓦茨修订:《奥本海国际法》(第九版),第1卷第1分册,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第32页。

二、国际法与国内法关系的一般理论

国际法与国内法的一般理论主要涉及两个问题:一是国际法和国内法是一个法律体系还是两个不同的法律体系;二是国际法优于国内法或是国内法优于国际法,还是国际法和国内法是互相独立且不会产生一个优于另一个关系的两个法律体系。对这两个问题的不同看法,国际法与国内法关系的理论主要分成两派,一派认为国际法与国内法属于一个法律体系,即所谓的一元论;另一派认为国际法和国内法是两个不同的法律体系,即所谓的二元论。一元论中又有两种论点:一种是国际法优于国内法,另一种是国内法优于国际法。这就是所谓的“两派三论”。在两派三论之外,还有其他理论,一些国际法学者倾向于调和一元论和二元论的极端论点,比如奥康奈尔认为,“国际法和国内法被假定没有冲突”,即所谓的“协调论”。^{〔1〕}一元论又分为极端的一元论和温和的一元论。从历史发展的角度讲,二元论的出现早于一元论,一元论后来居上成为占优势的学说,但二元论的影响仍然存在。近年来,受经济全球化的影响,国内法与国际法的冲突时有发生,国际法学者对理论的争议已不再十分热衷,转而更加关注两者的实践。

(一) 二元论

实证主义学者研究国际法与国内法的关系时,以国内法至上为基础,认为两者的运行体系存在很大区别,因此提出了二元论。二元论最先是由德国学者特里派尔(Triepel)在其1899年出版的《国际法与国内法》中提出,他在书中完整地阐述了二元论的理论。^{〔2〕}特里派尔认为,国内法和国际法是两个不同的概念,构成两个不同的法律体系,原因如下:首先两者规范的社会关系不同。国内法调整的是以国家之内的个人(包括本国人和外国人)作为主体的关系以及国家与个人之间的关系;而国际法规范的是国家之间的关系,国际法调整的是以国家为主体的平等法律关系。因此,国际法只能拘束国家,而不能直接拘束国家内的个人。其次,两者调整的主体不同。国内法的主体主要是作为国家公民的个人,国家作为国内法主体的情况较少。而国际法的主体是国家,个人包括自然人和法人,都不是国际法的主体。再次,两者的法律渊源不同。国内法的法律渊源主要是体现国家意志的国内

〔1〕 菲尔德罗斯著:《国际法》(上册),李浩培译,商务印书馆1992年版,第140页。

〔2〕 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第181页。

法律;国际法则不是一个国家的意志的体现,而是许多国家的意志相互协调而产生的共同意志,即“协议”。因此,特里派尔主张“国际公法和国内法不只是法律的不同分支,而是不同的法律体系。它们是两个领域,虽然有密切关系,但绝不是彼此隶属的”〔1〕。

二元论在大陆法系国家较为流行。意大利学者安齐洛蒂(Anzilotti)、德国学者沃尔兹(Walz)以及奥本海(原籍德国,后移居英国)等都是坚定的二元论者。奥本海在其著名的《奥本海国际法》中强调:国际法和国内法在法律渊源、调整的社会关系以及法律实质上存在明显不同,因此两者是本质完全不同的两个法律体系。因此,奥本海认为,国际法不能在国内直接适用,国内法院只能适用国内法。国际法有关规则若要在国内法院适用,必然要被“采纳”为国内法的一部分时才可以在国内法院适用。如果没有被“采纳”,则国内的个人不能受国际法拘束,因为国际法本身对国内法院没有任何权利。如果国内法与国际法规则发生冲突,国内法院必须适用国内法规则。〔2〕

在20世纪六七十年代,菲茨莫里斯(Fitzmaurice)、卢梭(Rousseau)以及其他学者对二元论进行了修正,试图建立一个紧密联系实际的理论框架。〔3〕修正的二元论者认为,国际法和国内法是两个法律体系,每个秩序在自己的范围内都是最高的,不能说谁优先于谁,只能说不同的法律体系在各自的范围内运行。在发生义务冲突时,即国家在自己本国范围内不履行国际法规定的义务,国内法的地位不受影响(不被相反的国际法规则推翻),但该国在国际上违反了国际法规则,救济在国际层面上发生,不会影响国内的法律秩序。

(二) 一元论

一元论的产生虽然晚于二元论,但也有学者认为一元论的思想可以追溯到中世纪的自然法学说,认为国际法与国内法都是从属于自然法的。〔4〕一元论有两种论点:一种是国内法优先于国际法,另一种是国际法优先于国内法。

国内法优先说主张国际法从属于国内法。该学说的思想来源于黑格尔

〔1〕 O'Connell, D. P. *International Law* (two volumes, second edition), 1970. 转引自王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第182页。

〔2〕 劳特派特修订:《奥本海国际法》(第八版)上卷(平时法),王铁崖、陈体强译,商务印书馆1989年版,第24-25页。

〔3〕 马尔科姆·N. 肖著:《国际法》(上册),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第106页。

〔4〕 邵沙平主编:《国际法专题研究》,中国人民大学出版社2009年版,第51页。

的国家理论。黑格尔提倡国家绝对主权的理论,并进而影响了一批德国国际法学者。19世纪末期,一些德国公法学家提出国际法从属于国内法的论点,其中的代表人物有耶利内克(Jelinek)、佐恩(Zorn)、温策尔(Wenzel)等。他们认为,国际法根源于国内法,只是国内法的一个分支,是次一级的法律,是适用于国家对外关系的法律。国家的一切活动,即使在国际方面,也是依据其国内法而定的,所以国际法是国内法派生出来的。国际法的效力来自于国内法,国际法只有依靠国内法,才会产生法律效力。国际法的效力在于国家的自我限制。佐恩甚至提出国际法是国家的“对外宪法”。从实质上讲,国内法优先说等于否定了国际法。在当代国际法中,国内法优先说无论是在理论上还是在实践中都已经没有什么影响了,目前基本没有学者持这种观点。

一元论的国际法优先说主张国内法从属于国际法。该学说主张世界上只有一个普遍性的法律秩序,各国法律体系从属于它而成为受委任的分支。国际法优先说是一元论的主要代表,因此,提到一元论通常是指国际法优先说的一元论。一元论最早是由凯尔森(Kelsen)倡导的。凯尔森的思想来源于康德的哲学,主张法律是一个统一体,国际法和国内法都是一种强制秩序,因此都是法律。关于在同一法律体系内何者优先的问题,凯尔森主张“国际法律秩序决定各国国内法律秩序的属地、属人和属时效力范围”〔1〕,即国际法是高国内法的规范。低效力的规范决定于较高的规范,最终决定所有规范效力的是“基础规范”,即“约定必须遵守(pacta sunt servanda)”〔2〕。按照凯尔森的学说,国际法优先意味着国际法律秩序是国内法律秩序的最高命令,凡违反国际法的国内法一律无效,否定了国家制定国内法的主权权利。该理论所依据的“基础规范”是建立在假设的基础之上的,且该学说一直没能就“基础规范”的效力根据提出令人信服的解释。因此,菲德罗斯将凯尔森称为“极端的一元论者”〔3〕。菲德罗斯(Verdross)称自己为“温和的一元论者”,他主张任何国家都不能援引国内法来逃避国际法规定的义务,对违反国际法的国内法只是暂时性处于优先地位,根据受害国的请求,各国在国际法上负有义务修正或废止其违反国际法的法规,因此国内法受国际法的监督。〔4〕

〔1〕 凯尔森著:《国际法原理》,王铁崖译,华夏出版社1989年版,第334页。

〔2〕 凯尔森著:《国际法原理》,王铁崖译,华夏出版社1989年版,第335页。

〔3〕 菲德罗斯著:《国际法》(上册),李浩培译,商务印书馆1992年版,第142页。

〔4〕 菲德罗斯著:《国际法》(上册),李浩培译,商务印书馆1992年版,第142-145页。

劳特派特(Lauterpacht)也是一元论的支持者,但他不同于凯尔森的以形式逻辑为基础的一元论。劳特派特坚持“自然主义”,奉行坚定的道德立场。劳特派特将关注个人福利视为所有法律的首要功能,主张提倡国际法的至上性是实现这一功能的最好方法。^{〔1〕}劳特派特认为,国家是不被信赖的维持人权的工具,国际法是人类事务最可利用的仲裁者。只有国际法才有能力把建立在尊重人权和个人福利基础上的道德目标与正义渗透到国际秩序中。

总之,西方学者提出的两派的三种论点:国内法优先说已被摒弃,国际法优先说和二元论也受到批评,越来越多的法学家希望避免一元论和二元论的对立。例如,上面提到的菲茨莫里斯和卢梭等人所坚持的“修正的二元论”和奥康奈尔提出的“协调论”等。

苏联学者对一元论和二元论都加以批评,但总的说来,苏联学者的观点比较倾向于对二元论加以修改。苏联国际法学家童金在其著作《国际法》一书中写道:“一国的国内法与国际法属于两个不同的法律体系,每一法律体系都有在自己的范围内发挥作用的使命。因此,在它们两者之间不存在任何法律上的隶属关系。此外,这种结构和职能范围的差异,并不使这两种法律体系隔绝,而是使它们必须相互作用。”“两种法律体系的互相作用要求它们在一定程度上协调一致。”^{〔2〕}苏联的学者似乎都接受了这种学说。^{〔3〕}

我国的国际法学者深受苏联影响,总体上对一元论和二元论也是持批判的态度。周鲠生先生在其遗著《国际法》中主张,“国际法和国内法按其实质来看,不应该有谁属优先的问题,也不能说彼此对立”,而是相互联系的。^{〔4〕}周鲠生先生的观点得到国内众多学者的认同。^{〔5〕}其实,国际法与国内法都是法律,由于其适用的主体和调整的范围等都不相同,因此是两个不同的法律体系。国际法是国家间的法律,国内法是一国的法律,但两者不是绝对隔离开的两个法律体系。不论国际法,还是国内法,都是由国家制定的,并且一国的对外政策及其对内政策有着密切联系,因此国内法与国际法是相互联系和相互补充的两个法律体系。如果国内法与国际法相冲突,国家应负其违反国际法的责任,仅在这一点上,国际法就优先于国内法。

〔1〕 马尔科姆·N. 肖著:《国际法》(上册),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第105页。

〔2〕 [苏]童金主编:《国际法》,邵天任等译,法律出版社1988年版,第68-69页。

〔3〕 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第190页。

〔4〕 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社2007年版,第17页。

〔5〕 端木正主编:《国际法》,北京大学出版社1989年版,第35页;王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第29-30页;梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第18-19页。

三、国际法与国内法关系的实践

国际法与国内法关系的实践分为国内法规则在国际法中的作用和国际法规则在国内的适用两个方面。

(一) 国内法规则在国际法中的作用

国际法和国内法是互相影响的关系,这种互相影响推动了国际法和国内法的发展。

首先,许多国际法的制度是从国内法移植过来的。罗马法在国际法的形成过程中发挥了重要作用。罗马法中的许多概念都被引申到国际法的原则、规则和制度中。例如,国际法上的有关领土、条约的一些原则、规则和制度,都是罗马法的原则、规则和制度在国际法上的运用。此外,各国法律产生的一些概念和制度也逐步演化成为国际法的概念和制度。例如,禁止反言、拒绝司法、用尽当地救济以及一些条约的解释方式等,都是不同程度地从国内法中移植过来的。

其次,国内法规则可以用来作为是否履行国际义务的证据。在“德国在波兰西里西亚地区特定利益案”(the Case of the Certain German Interests in Polish Upper Silesia)^[1]中,国际常设法院强调,“从国际法的立场和作为国际法机构的本法院的立场来看,国内法就像法律判决和行政措施一样,仅仅是表达国家意志并构成国家行为的事实。当然不要求本法院对波兰的法律进行解释,但是也不能阻止法院对下面的问题做出判决,即在适用该法律时,波兰的行为是否符合它依据日内瓦公约对德国承担的义务”。

再次,研究国内法是发现一国在各种国际法问题上的法律立场的最好方法之一。例如,领海宽度或者管辖权以及取得国籍条件这样的重要国际法问题,各国都是通过国内立法来表达其立场的。因此,在对某个案子做出判决的过程中,国际法院常常认为有必要对相关的国内法进行研究。在1929年的“塞尔维亚公债案”(the Case of the Serbian Loans Case)^[2]中,国际常设法院根据法国国内法来解决纠纷。对于国际法规则中不存在的问题,法院若认为可以求助于国内法概念,就会转向对国内法立法的研究。

尽管国内法规则在国际法上发挥了许多功能,但必须强调的是,国家不能以国内法法律情势为依据来为其违反国际法的行为进行辩护。国内法规

[1] PCIJ, Series A, No. 7, p19. (PCI, 国际常设法院)

[2] PCIJ, Series A, No. 20.

则不能作为违反国际义务的借口,即不得援引国内法来逃避国际义务。1969年的《维也纳条约法公约》第27条规定,一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。该条约第46条第1款规定:“……但违反之情事明显且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者,不在此限。”在“但泽的波兰国民案”(the Case of the Polish Nationals in Danzig)中,国际常设法院的咨询意见指出:“一国不能针对另一国援引自己的宪法来逃避其在国际法或条约下的义务。”〔1〕在“仲裁义务的可适用性案”(the Case of the Applicability of the Obligation to Arbitrate)〔2〕中,国际法院强调了“国际法优先于国内法的国际法基本原则”。在“洛克比案”(the Lockerbie Case)〔3〕中,国际法院则强调了依据国内法不能从事的行为不能作为不履行国际义务的理由。此外,国际法院在“拉格兰德案”(the Case of the LaGrand)〔4〕、“阿韦纳案”(the Case of Avena)〔5〕以及在“锡库拉电子有限公司(埃尔西)案”(the Case Concerning Elettronica Sicula S. p. a. (ELSI))〔6〕中等,都强调国家不能以国内法为借口违反国际法。

(二) 国内法庭中的国际法

国际法在国内法法律体系中的适用比前一个问题更加复杂。国家有遵守国际法规则的一般义务,如果违反国际法(不论是由立法、司法还是由行政机关做出的),都要承担国际责任。而国际条约却甚至可以对缔约国施加国内法的要求,例如,安理会可以做出有拘束力的决议要求缔约国在其管辖范围内采取特定行动。随着全球化进程的加速,国际法规则越来越多地向国内法律体系渗透,同时国内法院针对具有国际因素的问题行使了从未有过的广泛的管辖权。〔7〕这使得国内法与国际法两个法律体系之间的界线变得日益模糊。

在国内层面上适用国际法的问题包括,国家通过什么程序确认国际法在国内具有拘束力,国际法在国内适用时的法律位阶,以及国际法与国内法发生冲突时国家应如何处理等问题。由于国家是拥有主权的,导致各国的

〔1〕 中国政法大学国际法教研室:《国际公法案例评析》,中国政法大学出版社1995年版,第62-64页。

〔2〕 ICJ Reports, 1988, pp1, 34. (ICJ, 国际法院历年报告)

〔3〕 ICJ Reports, 1992, pp. 3, 32.

〔4〕 ICJ Reports, 2001, pp. 466, 497-498.

〔5〕 ICJ Reports, 2004, pp. 12, 65.

〔6〕 ICJ Reports, 1989, pp. 15, 73-74.

〔7〕 马尔科姆·N. 肖著:《国际法》(第六版)(上),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第110页。

实践千差万别。确认国际法在国内的拘束力的方式一般有两种:一是转化说,二是纳入说。转化说是实在法学派观点的一种表述,这种学说建立在二元论的基础之上。该学说强调,任何国际法规则在国内适用之前必须经过适当的立法机制,例如通过议会法案的方式,将国际法规则转化为国内法。该学说建立的逻辑基础是:国际协议在国内法发挥效力是通过君主批准的方式进行的,由此产生的思想是,任何国际法规则必须经过转化或专门通过立法程序才能在国内法律程序中生效。另一种学说是所谓的“纳入”或“采纳”说。该学说建立在一元论的基础之上。根据该学说,国际法和国内法是一个法律体系,国际法自动成为国内法的一部分,无须特别的立法程序。对于习惯国际法,各国一般都是采用“纳入”或“采纳”的方式,对于条约适用的是不同的规则。将习惯国际法和条约同样对待,会产生许多纠纷。因此,在讨论国际法在国内的适用时,通常将国际习惯和国际条约加以区别。

1. 英国

英国的法律规定,只有议会才有权立法,法院只能适用议会制定的法律。国际法要转化为议会法才能在英国适用。

(1) 习惯国际法

英国对习惯国际法采用的是纳入的方式。但英国对于习惯国际法在国内适用的方式则经过了漫长时间的争议后才最终确定。习惯法是英国普通法的一部分,无须转化适用。该方式最先是在1737年的“布沃特诉巴尔布伊特案”(Buvot v. Barbuit)和1764年的“特里奎特诉巴思案”(Triquet v. Bath)中确立的。习惯国际法已被视为英国普通法的组成部分。但是,习惯国际法也要受议会法案优先的条件制约,并且还要受英国法院所坚持的遵循先例原则的约束。因此,习惯国际法如果与制定法或上级法院的判决冲突,就不能实施。

19世纪发生的一系列的案件使许多学者开始质疑纳入理论的有效性,主张用转化理论对待习惯国际法,即主张习惯国际法也要经过立法或判例法特别采纳后才能成为英国法的一部分。“特里奎特诉巴思案”标志着英国的转变。该案案情是一艘德国籍的“弗朗克尼亚”号船舶在距离英国海岸3英里内撞沉了一艘英国船,并造成一人死亡。德国船长因此被指控犯有杀人罪。英国法院要解决的第一个问题是,英国法院是否对该案有管辖权。法院最后的结论是,英国不存在规定在英国海岸3英里领海内行使管辖权的立法。虽然国际法上规定英国有管辖权,但是国家有权对过去属于公海的一部分进行立法是一回事,而该国的国内法是否对该部分海域生效则是另一回事,两者之间没有因果关系。只有议会才有制定法律的权力,法院无

权对没有经过议会立法的地方行使管辖权。因此,英国法院无权对该案行使管辖权,德国船长因此被释放。在该案中,法官坚持国际法要经过转化才能在国内适用,而没有直接“采纳”国际法规则。两年后,英国在1878年的《领水管辖法》中明确规定在类似情况下英国有管辖权。在后来的“西兰德金矿公司案”(the Case of West Rand Gold Mining Co.)中,阿尔弗斯通勋爵(Lord Alverstone)指出,经包括英国在内的文明国家所同意的国际法规则可以在英国的国内法院适用。他特别强调,国际法规则是指必须有充足的证据证明已经被文明国家接受为法律,且已“得到英国的承认和响应”。不能将学者在教科书中的观点视为国际法规则,因为没有证据证明这些学者的观点已经得到英国的同意。强调同意,是因为习惯法的存在和范围的不确定性是经常出现的问题,因此,特定习惯法规则的存在和范围必须要有确凿证据,即必须证明任何据称的习惯法规则是有效的国际法规则,而不是没有证据的假设。法院在实践中所辨明的转化学说产生的效果是,不把国际法作为外国法律对待,而是在有证据的情况下将其视为本国法的一部分。英国将外国法律规则认定为事实,需要当事人举证,法官是不了解外国法律的,而国际法在英国被认定为法律,法官对国际法规则给予司法认知。法官被认为是懂得国际法的,在实践中国内法院的法官和律师只接受过国内法训练,现在却要求他们去了解、掌握各种国际法规则,这给法官和律师造成很大的压力和困难。

但19世纪的判例最终被1977年的“特兰德克斯贸易有限公司诉尼日利亚中央银行案”(Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria)推翻。就该案所涉及的尼日利亚中央银行的豁免权问题,上诉法院的法官认为采用“纳入”说是正确的方法。丹宁勋爵和肖法官强调,如果不这样做,法院就不能承认国际法规范的变化。国际法没有遵循判例的规则,当国际法发生变化时,法院就可以实施这种变化,而不用等上议院去实施。在任何时候,英国法院必须发现并适用占主导的国际法规则。“特兰德克斯案”所确立的纳入学说后来被上议院在“麦克莱恩·沃森诉贸易工业部案”(MacLaine Watson v. Department of Trade and Industry)、“皮诺切特(第3号)案”(Ex Parte Pinochet (No. 3))等案件中确认。

总之,在英国,法院承认“已牢固确立的习惯国际法原则是英国普通法的一部分”,同时,遵循先例原则在纳入国际法规则方面是不适用的。同时,也有学者认为,国际法不是英国法律的一部分,而是英国的一种法律渊源。

(2) 条约

条约在国内的适用与习惯国际法明显不同,习惯法是通过国家实践而

发展的,条约则是以合同的形式拘束缔约国,且条约往往都是由行政机构签署和批准。^[1]因此,许多英国学者认为,在条约在国内适用之前,行政机关就已经抛开立法机构进行立法,违反了英国只有议会才能立法的宪法性规定,所以任何关于条约法纳入国内适用的理论都应当被拒绝。

条约如何在英国适用问题,最早是由“比利时国会号案”(the Case of the Parliament Belge)确立的,该案涉及的主要问题是英国和比利时于1867年缔结的条约在英国国内的适用。英国法院认为,在没有议会同意情况下的条约在国内法院不能适用,即条约不能自动在英国适用,其适用需要通过议会以制定法的方式立法后才能成为英国法的一部分,即条约是通过转化的方式在国内适用的。“比利时国会号案”所确立的原则,在后来的一系列判例和制定法中得到进一步的确认。例如,“麦克莱恩·沃森诉贸易工业部案”、“A(FC)与其他人(FC)诉内政大臣案”(A(FC) and Others(FC) v. Secretary of State for the Home Department)等都强调,“即使联合王国批准的条约,除非通过制定法使其生效或该条约表达的是习惯国际法原则,在本国国内法中没有拘束力”。1978年的《欧洲议会选举法》第6条规定,任何增加欧洲议会权力的条约没有英国议会的同意都不会得到英国的批准。但是也有例外存在,如关于战争行为、领土割让和公帑费的征收的条约^[2],无须议会立法就可以对英国产生拘束力。另外,还有不改变国内法的一些不太重要的行政协议,也不需要议会立法即可对国内产生效力。

总之,在英国,对于那些会影响英国臣民权利和义务的条约,需要通过议会制定法才能使之在英国国内生效。影响英国臣民权利和义务的条约包括英国国内适用需要修改或补充现行普通法或制定法、影响私人权利、为英国施加财政义务、增加欧洲议会的权利、涉及英国领土或者增加王室权力等的条约。

英国议会转化条约的程序也很有特色。英国将要签署或有意加入的所有条约都要提交到议会的上下两院。对于所有的条约文本被提交议会后,根据“庞森比规则”,都要被搁置至少21天以上,才会采取行动。这样做使议会有机会核准条约,如果需要变动法律,议会则会在条约批准前通过与条约文本相同的立法。法院适用的是英国的国内法,而不是直接适用条约。

[1] 在英国,条约的批准是行政行为。参见马尔科姆·N.肖著:《国际法》(第六版)(上),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第118页。

[2] 见外交与联邦事务部向改革上议院皇家委员会出具的证据。UKMIL(即UK Military Simulation的缩写),70BYIL,1999,p.405.转引自马尔科姆·N.肖著:《国际法》(第六版)(上),白桂梅等译,北京大学出版社2011年版,第120页。