

Case-based
International Law
Coursebook



国际法案例 教学教程

李 英 刘玉红 ◎ 主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



Case-based
International Law
Coursebook

国际法案例 教学教程

主 编: 李 英 刘玉红
撰写人: 李 英 刘玉红
于家琪 王海东



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

国际法案例教学教程 / 李英, 刘玉红主编. —北京: 知识产权出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5130-5317-4

I. ①国… II. ①李… ②刘… III. ①国际法—案例—高等学校—教材 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 301825 号

责任编辑: 彭小华

封面设计: SUN 工作室

责任校对: 王 岩

责任出版: 刘译文

国际法案例教学教程

李 英 刘玉红 主编

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8115

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2017 年 11 月第 1 版

字 数: 310 千字

ISBN 978-7-5130-5317-4

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: huapxh@sina.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 15.75

印 次: 2017 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



前言

为传授学生国际法学的基本理论,提升其对国际法知识的理解和运用能力,培养优秀涉外法律人才,在华北电力大学“中央高校教育教学改革专项”项目的支持下,我们编写了这本《国际法案例教学教程》,供法学专业在校本科生和硕士生结合国际法学教材使用。

国际法的案例纷繁浩杂,要挑选具有代表性的国际法案例实属不易。因而在案例的编选期间,我们大量查找国际法院、国际常设仲裁院、欧洲人权法院、美洲人权法院、前南斯拉夫国际刑事法庭等国际司法机构判决资料,阅读案例资料百余万字。通过对比分析,选取了二十八个具有代表性的国际法案例进行编撰,并基于国际法知识体系对案例的法律争议点及涉及的主要法律问题进行深入解析,内容基本覆盖了国际法学的主要领域。相比于其他案例教材,本书的案例较为新颖,知识点覆盖全面,能够让读者对国际法的新发展有新的认识和了解。

当然,一个国际法案例所涉及的法律问题往往是多方面的。但出于编写的需要,只能对案件所涉及的具有代表性的法律问题进行分析。希望读者在阅读和使用本书时,能从更为综合和广阔的角度分析案例中所包含的问题,从而更全面地对案例进行了解。

对于本书中存在的不足之处,望各位读者批评指正。



目 录

第一章 国际法的概念	001
一、西西里电子公司案	001
二、案件所涉国际法原理	005
第二章 国际法的渊源	011
一、北海大陆架案	011
二、案件所涉国际法原理	014
第三章 国际法的基本原则	018
一、东帝汶案	018
二、案件所涉国际法原理	021
第四章 国际法主体	027
一、西撒哈拉问题咨询案	027
二、案件所涉国际法原理	032
第五章 国际法上的国家	037
第一节 国际法上的承认	037
一、南非继续留驻纳米比亚对各国的法律后果咨询案	037
二、案件所涉国际法原理	040
第二节 国际法上的继承	045
一、湖广铁路债券案	045
二、案件所涉国际法原理	047

第三节 国家管辖权	051
一、糯康案	051
二、案件所涉国际法原理	052
第四节 国家及其财产管辖豁免	059
一、德国诉意大利案	059
二、案件所涉国际法原理	062
第六章 国家责任	068
一、对尼加拉瓜进行军事和准军事行动案	068
二、案件所涉国际法原理	070
第七章 国际法上的个人	075
第一节 国际法上的难民	075
一、Khlafia 和其他当事人诉意大利案	075
二、案件所涉国际法原理	077
第二节 引渡	081
一、黄海勇引渡案	081
二、案件所涉国际法原理	083
第八章 国际人权法	089
一、在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见	089
二、案件所涉国际法原理	091
第九章 国家领土	098
第一节 领土的取得和变更	098
一、白礁岛、中岩礁和南礁的主权归属案	098
二、南苏丹共和国独立事件简介	101
三、案件所涉国际法原理	105
第二节 边界和边境制度	110
一、柏威夏寺案	110
二、案件所涉国际法原理	112
第十章 海洋法	117
第一节 领海及毗连区	117
一、领土争端和海洋划界案(尼加拉瓜诉哥伦比亚)	117
二、案件所涉国际法原理	120

第二节 专属经济区与大陆架	124
一、尼加拉瓜和洪都拉斯在加勒比海的领土和海洋争端案	124
二、案件所涉国际法原理	128
第十一章 空间法	132
第一节 空气空间法	132
一、1988 年 7 月 3 日空中事件案	132
二、案件所涉国际法原理	133
第二节 外层空间法	138
一、俄美卫星撞击事件	138
二、案件所涉国际法原理	139
第十二章 外交和领事关系法	145
一、在德黑兰的美国外交和领事人员案	145
二、案件所涉国际法原理	148
第十三章 条约法	155
第一节 条约的保留	155
一、灭种公约保留案简介	155
二、案件所涉国际法原理	157
第二节 条约的遵守适用和解释	163
一、国际法院对《联合国总部协定》第 21 节规定的仲裁义务的适用 发表的咨询意见案	163
二、案件所涉国际法原理	168
第十四章 国际组织法	172
一、国际劳工组织行政法庭就针对国际农业发展基金案的指控 作出的第 2867 号判决	172
二、案件所涉国际法原理	175
第十五章 武装冲突法与国际人道法	183
第一节 武装冲突法	183
一、石油平台案(伊朗诉美国)	183
二、案件所涉国际法原理	185
第二节 国际人道法	191
一、刚果境内的武装活动案	191
二、案件所涉国际法原理	195

三、战时平民待遇	196
四、国际人道法与国际人权法	197
第十六章 国际刑法	199
一、米洛舍维奇案与卡拉季奇案	199
二、案件所涉国际法原理	201
第十七章 和平解决国际争端	208
第一节 国际争端的政治解决	208
一、洛克比空难事件引起的 1971 年《蒙特利尔公约》的解释和 适用问题案	208
二、案件所涉国际法原理	211
第二节 国际争端的法律解决	214
一、有关或起诉或引渡义务的问题(比利时诉塞内加尔)案	214
二、案件所涉国际法原理	219
附录 联合国宪章	222
第一章 宗旨及原则	222
第二章 会员	223
第三章 机关	224
第四章 大会	224
第五章 安全理事会	226
第六章 争端之和平解决	228
第七章 对于和平之威胁、和平之破坏及侵略行为之应付办法	229
第八章 区域办法	231
第九章 国际经济及社会	232
第十章 经济及社会理事会	233
第十一章 关于非自治领土之宣言	235
第十二章 国际托管制度	236
第十三章 托管理事会	238
第十四章 国际法院	239
第十五章 秘书处	239
第十六章 杂项条款	240
第十七章 过渡安全办法	241
第十八章 修正	241
第十九章 批准及签字	242



第一章

国际法的概念

一、西西里电子公司案

(一) 案件背景

1. 西西里电子公司基本情况

西西里电子公司(以下简称西电公司)是一家位于西西里巴勒莫的意大利公司,其主要生产微波管、阴极线管、半导体整流器、X 射线管以及电流急冲制动装置。西电公司拥有将近 900 名员工。美国公司雷西恩公司拥有西电公司 99.16% 的股份,剩余 0.84% 的股份由另一家美国公司马奇莱特公司拥有,另外马奇莱特公司是雷西恩公司的全资子公司。

2. 西西里电子公司案争议的发生

1964 年之前,西电公司一直处于亏损状态,此后西电公司开始盈利,但所获得的营业利润不足以抵销公司的债务支出和累计亏损。在 1967 年,雷西恩公司开始采取措施,期望改变这一公司亏损的状况避免西电公司破产。

与此同时,在 1967 年 2 月至 1968 年 3 月,西电公司与意大利政府以及一些意大利公司举行了会谈,西电公司希望能够获得政府的支持,并寻找一家具有较强经济实力的意大利公司来加入。

但作为西电公司股东的雷西恩公司和马奇莱特公司认为政府的支持和其他公司的加入也不会改变西电公司亏损的现状,他们想尽快关闭西电公司以减少

损失。雷西恩公司打算由西电公司自行清算,将西电公司的资产集中或者单独地拍卖,这样的话,所有债权人的债权可以根据具体情况进行清偿,在西电公司资产拍卖后至少能保证清偿所有有担保的债权人的债权,而无担保的债权人的债权则可以取得50%的清偿。雷西恩公司认为这种安排比起西电公司破产会更好,是一种有秩序的清偿。

在1968年3月28日,西电公司宣布停止营业,但是与意大利政府的会谈却仍然在继续。会谈中,意大利政府对西电公司施压,要求西电公司不要关闭工厂,解散员工。但是西电公司在1968年3月29日,将解雇书寄给了西电公司的员工。随后,西电公司的员工占据了工厂。1968年4月1日,巴勒莫市市长发出了一项立即生效的命令,征用西电公司的工厂以及有关资产,为期6个月。同年4月19日,西电公司向巴勒莫省长提起反对征用的行政诉讼。在1968年4月26日,西电公司向法院提出宣布破产的申请,并向法院报告西电公司已经到期但无力支付的债务情况,并提到征用导致西电公司失去了对工厂的控制并且得不到急需的流动资金。5月16日,巴勒莫法院作出了破产判决,西电公司宣布破产。

针对西电公司提起的反对征用的行政上诉,巴勒莫省长于1969年8月22日作出裁定,裁定撤销了征用的命令。同时,1970年6月16日,西电公司的破产管理人在巴勒莫市法院对意大利内政部长和巴勒莫市市长提起诉讼,要求赔偿由于征用而导致的损失。巴勒莫市法院判决西电公司应当获得在征用期间工厂所遭受的损害的赔偿。

1985年11月,破产程序终结,在变卖价值中,没有剩余的财产分配给股东雷西恩公司和马奇莱特公司。

(二) 诉讼过程

1987年2月6日,美国政府向国际法院提起诉讼,请求国际法院宣判:(1)意大利政府违反了1948年2月2日在罗马签订的《美意友好通商和航运条约》(本章简称《条约》)及其补充协定(1951年);(2)意大利政府应当支付给雷西恩公司和马奇莱特公司赔偿金,赔偿金的总数由国际法院决定,其中应当包括诉讼费等额外费用。国际法院主要针对管辖权问题和意大利政府是否违反美国和意大利两国之间签订的《条约》及其补充协定进行了审理。

针对管辖权问题,意大利政府认为,国际法院对此案无管辖权,因为本案中的雷西恩公司和马奇莱特公司未穷尽当地的补救办法。美国政府则认为,(1)根据两国之间签订的《条约》,雷西恩公司和马奇莱特公司不需要穷尽当地补救方法;(2)意大利政府从未建议雷西恩公司和马奇莱特公司在意大利提起诉讼;(3)美国政府要求意大利政府为违反《条约》承担责任,与雷西恩公司和马

奇莱特公司是否穷尽当地救济无关。

针对意大利政府是否违反《条约》及其补充协定的问题,美国认为:(1)1968年4月1日,意大利政府无正当理由征用西电公司的工厂及其有关资产并否认西电公司股东控制和经营公司以及清理西电公司资产的权利,违反了《条约》第3条第2款^[1]的规定;(2)意大利政府放任西电公司的员工占据西电公司工厂的行为违反了《条约》中第5条第1款和第3款^[2]规定的提供最为经常性的保护和保障的义务。第5条第1款和第3款中规定的保护和保障的标准应不低于本国国民、公司、社团,也不低于第三国国民、公司和社团;(3)意大利未经正当程序和公平补偿就征用西电公司的工厂的行为违反了《条约》第5条第2款^[3]的规定;(4)意大利政府的行为是专断的、有歧视性的,违反了《条约》补充协定第1条规定^[4]的国民待遇原则和最惠国待遇原则;(5)意大利政府征用西电公司财产没有给雷西恩公司和马奇莱特公司提供《条约》所要求的足够的权利保障。

意大利认为:(1)由于西电公司的财务状况,雷西恩公司和马奇莱特公司对西电公司的控制已经丧失,根据意大利的法律规定,无力偿还债务的状态已经使得西电公司必须承担请求宣布破产的义务;(2)意大利政府征用西电公司的行为是合法的。位于巴勒莫市的西电公司的工厂是属于西电公司的,并非雷西恩公司和马奇莱特公司所有,意大利政府没有违反按照《条约》所要求的保护和保障的义务;(3)按照当时西电公司的财务状况,申请破产是西电公司必须承担的义务,征用命令只是一个额外的行为,并且征用是有期限的,而且可以被行政上

[1] 《美意友好、通商和航运条约》第3条第2款规定:“缔约一方之国民、公司和社团,应被允许依照另一方领土内可适用之法律和规章,组织、控制和经营另一方的公司和社团,从事贸易、制造、加工、采矿、教育、慈善、宗教及科学活动。”

[2] 《美意友好、通商和航运条约》第5条第1款规定,必须为缔约双方的国民,无论人身和财产,提供最为经常的保护和保障;还规定,与财产联系,“国民”一词应解释为“包括公司和社团”;在规定的保护的性质时,通过参照“国际法”所要求的完全的保护与保障确定了必要的标准;第3款阐述了保护和保障的概念,要求不低于给予缔约对方国民、公司和社团的标准,也不低于给予任何第三方的国民、公司和社团的标准。

[3] 《美意友好、通商和航运条约》第5条第2款规定,非经正当程序以及迅速支付公平有效的补偿,不得获取缔约一方国民、公司和社团在缔约对方领土上的财产。

[4] 《美意友好、通商和航运条约》补充协定第1条规定,缔约一方的国民、公司和社团在缔约他方领土内不应受到专断的或歧视性的措施,特别是造成以下后果的措施:(a)阻碍其对被允许在他方领土上设立或取得的企业实行有效的控制和经营;或者,(b)损害其在此类企业或在无论以资金(贷款、股份或其他)、原料、设备、服务、工艺、专利、技术或其他形式所进行的投资中依法取得的权利。缔约各方承诺,对于在正常条件下取得为经济发展可能需要的资金、生产工艺、技能和技术,不得歧视缔约对方的国民、公司和社团。

诉所推翻;(4)专断行为是故意不顾正当法律程序的违法行为,尽管巴勒莫市市长的行为被撤销,但这并不意味着征用命令就是专断行为;(5)真正剥夺雷西恩公司和马奇莱特公司权利的不是征用命令而是西电公司的财务状况,意大利政府不存在违反《条约》规定的权利保障义务的行为。

(三) 判决结果

国际法院在1989年7月29日作出判决。

针对管辖权问题,国际法院主张自己有管辖权,因为意大利必须表明存在着当地补救办法,但是意大利没能使法庭确信存在着使雷西恩公司和马奇莱特公司本应独立于西电公司而采用的当地的补救办法。

针对美国主张的意大利违反《条约》及其补充协定的问题,国际法院一一作出了认定。

第一,针对美国主张的意大利政府违反《条约》第3条第2款的主张。国际法院指出:该条款的内容并不包含着如果一行为符合国内法律和规章,那么就自动排除任何视该行为违反《条约》的可能性。允许控制和经营的条约权利并不能解释为正常的控制和经营永远也不会受到干扰。国际法院要考虑当时西电公司的财务状况,根据当时西电公司的财务状况,西电公司能够进行有序的清偿的可行性不能够得到充分的证明。因此就不能说意大利当局剥夺了雷西恩公司和马奇莱特公司控制和经营公司的权利。

第二,针对美国主张的意大利政府没有履行《条约》第5条第1款和第3款规定的最为经常性的保护和保障的义务及非经正当程序和公平补偿不能获得外国财产的义务,国际法院认为:《条约》第5条所规定的内容并不意味着保证在任何情况下外国的财产都不被占用或受到妨碍。目前并没有能够证实行政当局提供的保护低于“国际法所要求的完全的保护和保障”或低于国民标准或第三国标准。

第三,针对美国主张的意大利政府违反《条约》第5条第2款规定的非经正当程序以及公平的补偿不得取得外国财产的义务,国际法院认为:根据当时西电公司的财产状况,西电公司已经负有申请破产的义务,征用命令是一个额外的行为,并没有对雷西恩公司和马奇莱特公司在西电公司的利益进行重大剥夺,而且征用命令是可以被行政上诉所推翻的。

第四,针对美国提出的意大利政府违反《条约》补充协定第1条的规定,国际法院认为:巴勒莫省长撤销巴勒莫市长的命令和巴勒莫上诉法院认定市长的命令缺乏合法性都不意味着市长的命令是专断的和有歧视性的。市长的命令是在现行法律制度和适当的上诉补救方式体制内有意识作出的。不能说市长发布征用命令想改变西电公司的状况是不合理或者是随心所欲的专断行为。因此,

不存在违反《条约》补充协定第1条的问题。

第五,针对美国提出的意大利违反《条约》第7条^[1],在征用西电公司财产时没有给雷西恩公司和马奇莱特公司提供条约所要求的足够的权利保障的问题,国际法院认为:真正剥夺雷西恩公司和马奇莱特公司作为股东享有的权利的是西电公司的财务状况。国际法院并不认为意大利违反了《条约》第7条。

基于以上的论述,国际法院认为:意大利并没有违反双方在罗马签署的《条约》及其补充协定,因此驳回了美国所提出的赔偿要求。

二、案件所涉国际法原理

(一) 国际法的概念

对于国际法的概念,《奥本海国际法》指出:“国际法是指各国认为在它们彼此交往中有法律拘束力的习惯和条约规则的总体。”^[2]中国学者对国际法的概念,有以下的论述“国际法,简言之,就是国家之间的法律,或者说,主要是国家之间的法律,是以国家之间的关系为对象的法律。”^[3]“国际法,或称国际公法,是指调整国际法主体之间,主要是国家之间关系,有法律拘束力的原则、规则和制度的总体。”^[4]随着国际社会的发展,特别是第二次世界大战以后,国际组织层出不穷,国际法的主体发生了变化。现代国际法主要是调整国家之间、国家和国际组织之间,以及国际组织间关系的习惯、规则、制度的总称。

国际法有如下几个基本特征:

第一,国际社会是国际法产生、形成和发展的基础。国际法的产生和发展,离不开国际社会,如果没有国家与国家之间的交往、国际社会的形成,国际法也不会出现。随着国家之间交往更加频繁,各种国际组织的出现,国际法也获得了很大的发展。变化中的国际需要与时俱进的国际法。

第二,国际法调整以国家为主导的国际关系,换言之,国际法的调整对象是主要是国家间的关系。国家曾经是国际法的唯一主体,虽然国际组织也成了国际法的主体,但国际组织也是基于国家而产生的。

第三,国际法是对国际社会有法律拘束力的各种原则、规则和制度的总称。

[1] 《美意友好、通商和航运条约》第7条中的四款内容,主要规定了“在缔约对方领土上取得、拥有和处置不动产或其权益”的权利保障问题。

[2] 劳特派特修订:《奥本海国际法(上卷第一分册)》,商务印书馆1971年版,第4页。

[3] 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第1页。

[4] 邵津主编:《国际法》,北京大学出版社、高等教育出版社2014年版,第1页。

国际法的体系中不仅包括各种国际社会公认的具有普遍拘束力的基本原则,还有国际关系的不同领域、不同方面所形成的各种具体规则、规章和制度。国家受国际法的约束,国家又是国际法的制定者,国际法效力的根据在于国家的意志,国际法是有法律拘束力的。

国际法院所审理的西电公司案所涉及的法律主要为《美意友好通商和航运条约》,该条约调整了美国和意大利之间的国际投资贸易通商航运关系,属于国际法的范畴。如果本案仅在意大利国内由雷西恩公司和马奇莱特公司向意大利法院提起行政诉讼的话,就仅仅是美国的公司与意大利政府之间的行政诉讼案件,就并非两个国家之间的关系,不能适用国际法,因为国际法主要调整的是国家之间的关系,而非国内的民商事纠纷。

(二) 国际法的性质

国际法与国内法不同,其性质既包括法律性又包括国际性。

1. 国际法的法律性

部分学者否认国际法的法律性,其原因主要在于:

第一,国际法内容不够明确。国际法的形成较国内法晚得多,国际法在形成之初,其表现形式主要为国际习惯法,国际法的原则和规则尚不明确。

两次世界大战结束后,这一情况发生了很大的改变。一方面,很多问题难以通过单一国家的力量获得解决,国家之间签订了很多的条约,明确国与国之间的权利义务关系,国际法的内容变得越来越明确。另一方面,《联合国宪章》所确立的国际法治精神以及联合国对国际法的编纂使得国际法的法律性也更加清楚、明确。^{〔1〕}

第二,在将国际法和国内法进行比较之后,有些学者对国际法的法律性提出了质疑。他们认为,国际法与国内法不同,没有一个统一的立法机关来制定法律,也没有一个强制机关来保障法律的实施。在国际社会中,国家与国家是平等的,不存在一个具有更高权威的中央机构,也不存在一个世界政府。国际法主要靠“一般舆论”或“道德制裁”加以实施,没有法律拘束力,所以不具有法律性。这种观点过于偏颇,国际法和国内法产生于不同的社会结构,分别属于统一社会的不同法律体系,不能以国内法作为衡量国际法的标准。国际法是作为国际社会平等成员的各国在相互协议的基础上逐渐形成的。“国家不仅是自己应遵守的国际法规范的制定者,而且在一定程度上又是这些约束它们自己的规范的解释者和执行者”^{〔2〕}如果国际法没有法律性,而只靠“一般舆论”或“道德制裁”来

〔1〕 邵沙平主编:《国际法》,中国人民大学出版社2010年版,第7页。

〔2〕 梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第15页。

实施的话,可以说国际社会会是一盘散沙,每个国家都可以为所欲为。但是实际情况并不是如此。每个国家都遵循着国际法的规则,国家违反国际法要承担国际责任,这些责任并不仅仅是舆论的谴责。国际法上的国家的国际责任是指国家对国际不法行为所承担的责任,还包括终止不法行为、恢复原状、赔偿损失、补偿、抵偿、限制主权与刑事制裁。

总之,国际法具有法律性。

2. 国际法的国际性

国际法所需要的解决的是国际问题,肯定涉及至少两个以上的国家,国际性是国际法区别于国内法最明显的特征。其国际性可以从以下几个方面来体现:

第一,国际法渊源的国际性,国际法律规范不是由某一个国家制定的,而是由国家共同来制定的,也包括国与国在交往中形成的习惯。

第二,国际法调整对象的国际性,国际法的调整对象是以国家之间的关系为主导的国际关系。

第三,社会关系的国际性,国际法调整的社会关系是国际社会关系,而国内法调整的社会关系主要是国内社会关系。

西电公司案很好地体现了国际法的法律性和国际性。首先是法律性,意大利和美国之间签订了《条约》,这样两国之间的权利义务就是非常明确的。西电公司案中,美国向国际法院提起了诉讼,虽然意大利对管辖权提出了异议,但是国际法院判决驳回意大利的管辖权异议,那么意大利和美国就应当接受国际法院的管辖权以及作出的判决。国际法院作出的判决有最终的效力,这种效力并不是道德上的拘束力,而是法律的拘束力。其次是国际性,西电公司案虽然涉及意大利的西电公司,但西电公司并非本案的诉讼当事方。在本案中诉讼的双方是意大利和美国,由国际法院进行审理,涉及了国家与国家之间的关系,体现了调整对象的国际性。本案判决所依据的是国际法的原则,以及相关的国际条约,具有法律渊源的国际性。

(三) 国际法和国内法

1. 理论层面的国际法与国内法的关系

国际法和国内法的关系问题是国际法理论中的一个重要问题,关于二者的关系目前最具代表性的学说是一元论和二元论。

(1)一元论。一元论主张国际法和国内法属于同一个法律体系,二者都从属于自然法。因此在国内适用国际法时,不需要将国际法转换为国内法。在一元论中,国际法和国内法存在着冲突,由此诞生了一元论中的两种理论观点:国际法优先说和国内法优先说。

国际法优先说认为,当国际法和国内法发生冲突时,国际法优先于国内法得到适用,国内法从属于国际法,在效力上依靠国际法。

此种理论主要依据是“最高规范”,即“条约必须遵守”或“国际社会的意志必须遵守”,此理论的主要倡导者为奥地利学者凯尔森。国际法优先说认为,国际法优先意味着国际法律秩序对国内法律秩序的最高命令,主权国家是被国际法律秩序委托建立国内法律秩序,在国内法之上有国际法律秩序,而国际法律秩序最后可以追溯到最高规范。但这种学说的缺陷就在于,“最高规范”建立在假设的基础之上,并且无法提出证据来说明最高规范假设的效力来源。

国内法优先说认为,国际法从属于国内法,当国际法和国内法发生冲突时,国内法应当优先得到适用。此理论在19世纪末叶为一些德国公法学家所提倡,代表人物有耶利内克、佐恩等人,现在这个理论已经为国际法学界所抛弃。此种理论认为,国内法才是国家意志的体现。国家在国际社会的活动,也是依据一国国内法的有关规定开展的,国际法是国内法派生出来的,国际法的效力来源于国内法。

这种理论的缺陷在于,既然国际法从属于国内法,那么每个国家都可以根据自己的国内法来支配国际法,这就使得国际法失去了应有的效力。

(2)二元论。二元论又被称为国际法与国内法平行说,国际法与国内法对立说。该学说认为,国际法和国内法属于两个法律体系,两者互相分离,不会发生冲突。特里佩尔认为,因为国际法和国内法的法律渊源、调整对象的根本不同,导致了二者属于不同的法律体系。^[1]国际法和国内法基于不同的法律原则,在国际法中,主要依据“条约必须遵守”的基本原则,而国内法则主要依据“国家制定的法律必须遵守”的原则。二元论的提倡者有德国的特里佩尔、安吉洛蒂等人,奥本海也是主张二元论的。该理论的缺陷在于,采用静止的观点看待国内法和国际法,忽视了二者之间的内在联系。

2. 实践层面的国际法与国内法关系

在明确了国际法和国内法的理论上的关系问题基础上,分析实践中国际法和国内法的关系。实践上的探讨要从两个层面,一个是国际层面上,国内法在国际关系中的地位问题,另一个是国内层面上,各国国内国际法的地位、如何适用国际法。

(1) 国际层面的实践。

①国家不得援引其本国法律作为其违反国际义务的借口。这是在国际法

[1] 梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第17页。

院已经确立的国际法的规则,《维也纳条约法公约》第27条^[1]规定了条约必须遵守的义务。

②国际法庭参考相关当事国国内立法。国际法庭在作出判决时,要认定有关国家行为的合法性,会参考有关国家的国内立法,一般是涉及国家机关的权限、管辖权、个人和法人的国籍、没收等问题。

③当事国国内法在国际法庭的其他作用。这主要是指,国内法可以作为可归因于相关国家而产生国际责任行为的证据。

(2) 国内层面的实践。

国际法的体系只有一个,但各国均有各自的国内法体系,各国在适用国际法时并不完全一致。在实践中,各国在处理国际法和国内法的关系时,所达成的共识主要为:首先,国家有义务保证其国内法与其缔结的国际条约不冲突;其次,因为有些国家条约的规定是原则性的,所以需要缔约国在其国内制定具体的法律;最后,各国对国际法的态度一般通过宪法或者法律加以规定。

在国内层面的实践,各国往往将条约和习惯区别对待。

①对条约的适用。英国并不会直接适用条约,而是必须由国会通过一项议会法令,使得国内法律的规定和条约的规定相一致。美国经过国会批准的条约自动地成为美国国内法的一部分,宪法和权利法案的地位高于条约,而联邦法律和条约处于同等的地位,因此美国通过纳入的方式使条约成为国内法的一部分,但是对于一些属于“行政协定”的条约,美国将它们区分为自动执行条约和非自动执行条约,非自动执行条约需要通过专门的立法程序才能在国内适用。我国对条约在中国的适用并没有法律作出统一的规定,而是散见于一些法律、行政法规和司法解释之中。概括起来有以下两种方式:第一,并入或者采纳,即在国内法中直接适用国际条约,如《中华人民共和国民事诉讼法》第142条的规定;第二,转化,即专门制定相应的国内立法来适用国际条约,如《中华人民共和国领事特权和豁免条例》。

②对习惯的适用。对于公认的国际法规则,各国往往会将其规定为国内法的一部分。但各国对国际习惯法的内容认知可能并不一致。

本案中,也涉及了国际法和国内法的关系问题。美国和意大利之间签订的《条约》是双边条约,属于国际法的范畴,而意大利在对西电公司发布征用命令及提供救济所依据的是国内法上的规定。《条约》中所规定的内容和意大利的国内法可能不一致,发生冲突。在这种情况下,无论《条约》是否已经作为意大

[1] 《维也纳条约法公约》第27条国内法与条约之遵守一规定,当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。此项规则不妨碍第46条。