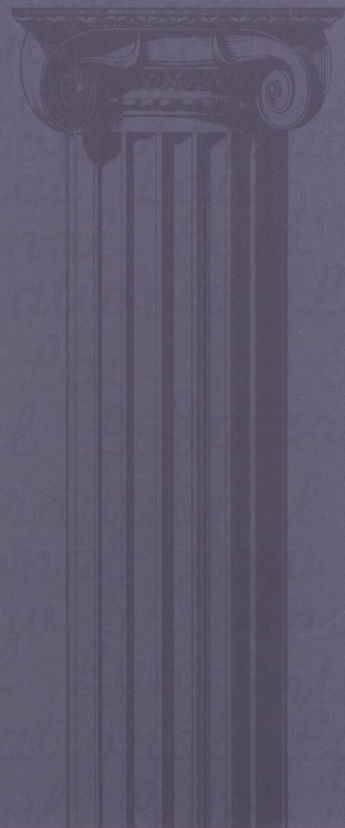
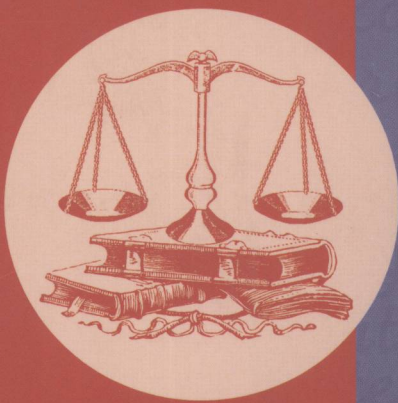




国际法学

International Law

周杰普 / 主编

 上海财经大学出版社

国际法学

周杰普 主编

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际法学/周杰普主编. —上海:上海财经大学出版社, 2009. 6
ISBN 978-7-5642-0475-4/F · 0475

I. 国… II. 周… III. 国际法-法的理论 IV. D990

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 040954 号

- ☐ 责任编辑 刘晓燕 宋澄宇
- ☐ 封面设计 张克瑶

GUOJI FAXUE

国际法学

周杰普 主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海市印刷七厂印刷

上海远大印务发展有限公司装订

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

787mm×960mm 1/16 19.25 印张 455 千字

印数: 0 001—3 500 定价: 29.00 元

前言

“国际法”是法学专业的一门专业课程。其任务是使学生掌握有关国际法的基本知识,增强对国际关系、国际法律原则和规则的认识和理解,提高分析问题和解决问题的能力。

本书内容共包括十五章。第一章为导论,第二章为国际法的基本原则,第三章为国际法的主体,第四章为国际法律责任,第五章为国际法上的居民,第六章为国际人权法,第七章为国家领土,第八章为海洋法,第九章为空间法,第十章为国际环境法,第十一章为外交与领事关系法,第十二章为条约法,第十三章为国际组织,第十四章为国际争端的和平解决,第十五章为武装冲突法。

理论是为实践服务的。如何使得理论与实践有机结合,一直是作者着重思考的问题。本教材在编写体例上,为增强学习兴趣,加深对理论的认识,每章之前一般都特设案例,其内容涉及本章之基本原理,在每章之后的思考题中除问答题目之外,也设置案例分析题目,以使得学生能够运用所学知识进行归纳、整理和分析。

本教材可供高等院校法学专业师生使用,也可供有关部门参考。

本书由周杰普主编,全书各章分别由以下同志撰稿:周杰普(导论,第三、七、九、十五章);张云伟(第二章);张军旗(第四章);付卓婧(第五章);祝文龙(第六章);种治华(第八章);秦嘉泽(第九章);张圣翠(第十章);李然(第十一章);王蕴(第十二章);许旭荣(第十三章);郑高兵(第十四章);韩辉(第十五章)。

限于作者水平,本书的错误和不当之处在所难免,希望各位读者提出批评和建议。

编者

2009年4月

目 录

前言	1
----	---

第一章 导论	1
--------	---

第一节 国际法的概念和特征	1
第二节 国际法的渊源	4
第三节 国际法的历史发展	8
第四节 国际法与国内法的关系	10

第二章 国际法的基本原则	16
--------------	----

第一节 国际法基本原则的概念	16
第二节 国际法基本原则与强行法	20
第三节 国际法基本原则的历史发展	22
第四节 和平共处五项原则	25

第三章 国际法的主体	32
------------	----

第一节 概述	32
第二节 国家是国际法的基本主体	35
第三节 国家的基本权利与义务	36
第四节 国家及政府的承认	39
第五节 国家及政府的继承	42
第六节 国家主权豁免	44

第四章 国际法律责任	47
第一节 概述	47
第二节 国家对国际不法行为的责任	49
第三节 国际刑事责任	58
第四节 国际损害赔偿责任	61
第五章 国际法上的居民	66
第一节 国籍	66
第二节 外国人的法律地位	71
第三节 引渡和庇护	75
第六章 国际人权法	81
第一节 人权的概念和历史发展	81
第二节 国际人权法的概念和历史发展	84
第三节 人权保护的主要国际公约	86
第七章 国家领土	93
第一节 国家领土概述	93
第二节 领陆和内水	99
第三节 领土取得与变更	103
第四节 国家边界和边境制度	108
第五节 两极地区	114
第八章 海洋法	119
第一节 概述	120
第二节 内水	124
第三节 领海与毗连区	128
第四节 专属经济区和大陆架	132
第五节 公海	136
第六节 国际海底区域	139
第九章 空间法	145
第一节 国际航空法	146
第二节 外层空间法	162

第十章 国际环境法	172
第一节 概述	172
第二节 国际环境保护的条约制度	183
第三节 跨界环境损害的法律責任	190
第十一章 外交与领事关系法	194
第一节 外交关系法	195
第二节 领事关系法	208
第十二章 条约法	216
第一节 概述	217
第二节 条约的缔结	222
第三节 条约的生效和效力	228
第四节 条约的解释	231
第五节 条约的修正与修改	233
第六节 条约的无效、终止和停止施行	235
第十三章 国际组织	240
第一节 概述	241
第二节 国际组织的成员	245
第三节 国际组织的法律地位	249
第四节 国际组织的机构与职能	251
第五节 国际组织的议事规则	252
第六节 联合国	254
第十四章 国际争端的和平解决	259
第一节 概述	259
第二节 国际争端的政治解决方法	261
第三节 解决国际争端的法律方法	263
第四节 联合国与国际争端的和平解决	269
第五节 其他国际组织与国际争端的解决	271
第十五章 武装冲突法	275
第一节 概述	275
第二节 武装冲突法的编纂	278

第三节	战争的开始、结束与中立	280
第四节	作战手段和方法	285
第五节	对武装冲突的限制——国际人道法	290
第六节	战争犯罪及其责任	293

第一章 导 论

第一节 国际法的概念和特征

一、国际法的定义

国际法,其英文名称 International Law,顾名思义就是“国家之间的法律”。而对于国际法的具体定义,学者们有大致相似又各有侧重的定义。例如,周鲠生将国际法定义为“是在国际交往中形成出来的,各国公认的,表现这些国家统治阶级的意志,在国际关系上对各国具有法律约束力的行为规范,包括原则、规则和制度的总体^①”。李浩培的定义则是:“国际法是支配各国际法主体相互间的关系并决定其权利义务的法律规则的总体。”^②王铁崖的定义则是:“国际法……主要是调整国家之间的关系的有拘束力的原则、规则和规章、制度的总体。”同时,他做出解释:“这里说‘主要’,是因为在国家之外,还有类似国家的政治实体以及国家组成的国际组织,它们在一定条件下和在一定范围内,是国际法的主体,它们之间的关系也受国际法原则、规则和规章制度的拘束。”^③凯尔森则认为:“国际法或万国法是一系列规则的总称,这些规则——按照通常的定义——调整各国在彼此交往中的行为。”^④类似地,在《奥本海国际法》中的定义:“国际法是对国家在它们彼此往来中有法律拘束力的规则的总体。”^⑤

结合以上定义,可以将国际法定义为在国际关系中形成的,主要适用于调整国家之间关系的,有法律约束力的原则、规则和机制的总称。从这一定义中,可以概括出国际法概念的一些要素:(1)国际法是在国际关系中形成的行为规范。(2)这些规范主要用于调整国家间的关系。(3)这些规范对国家有法律意义上的约束力。

二、国际关系和国际法

国家不能孤立存在,任何国家都不能不与其他国家发生交往。国家之间的关系就是国际关系,在国际关系中形成的有拘束力的原则、规则和规章制度就是国际法的内容。

国际关系包括政治关系、经济关系、法律关系等。国际经济关系是整个国际关系中最基本

① 周鲠生:《国际法》(上册),商务印书馆 1976 年版,第 3 页。

② 李浩培:《国际法的概念和渊源》,贵州人民出版社 1994 年版,第 2 页。

③ 王铁崖:《国际法》,法律出版社 1981 年版,第 1 页。

④ 【美】汉斯·凯尔森:《国际法原理》,华夏出版社 1989 年版,第 1 页。

⑤ 【英】詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》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 3 页。

的关系,国际政治关系是国家之间最活跃的关系,而国际法律关系则是以法律形式表现出来的国际关系。所谓“以法律形式表现出来”,就是说这种国际关系受一些原则、规则和规章制度的约束。显而易见,国际法律关系不能概括整个国际关系,而只是整个国际关系的一部分。在整个意义上,可以说国际法是国际关系的一个方面,国际法学是国际关系学的一个部门。

国际关系是很复杂的关系,但总体来说,国家之间的关系有双边关系和多边关系,在多边关系的基础上发展起来的国际组织有全球性国际组织和区域性国际组织。同样,作为国际关系一部分的国际法律关系也有普遍性的和区域性的,即一般国际法和区域国际法。国际法这个名称指的是一般国际法,而区域国际法是世界某个区域所特有的国际法。

所谓区域国际关系是指处于世界某个区域的国家在它们彼此关系中发展起来的一些原则、规则和规章制度。最显著的是所谓的“美洲国际法”。美洲大多数国家经过斗争而获得独立,特别是在拉丁美洲,由于这个区域的国家有着共同的历史等关系,因此美洲国家有要求创立“美洲国际法”的倾向。但是,美洲国家并不否定一般国际法的存在及其普遍的适用性,而且,任何区域国际法也都不否定国际法的存在及其普遍的适用性。其实,任何区域国际法在内容上也与一般国际法基本上是一致的,不过,由于一定的特殊性,区域国际法一般会强调一些一般国际法的原则、规则,而这些强调的内容为数极少。应该强调指出,任何区域国际法都不构成对一般国际法原则、规则的限制或者排除一般国际法原则、规则的使用,而且每一区域如果形成自己的国际法,也只能适用于本区域国家之间的关系,而与本区域外国家的关系则必须适用一般国际法原则、规则。

从国际关系的角度看,既然国际法的对象是国家之间的关系,而国家之间的关系是“公”的关系,因此,国际法也就是国际公法。国际法之所以又称为国际公法,是用以区别国际私法的。而所谓国际私法,严格来讲,不是国际法。国际私法主要是涉及同时属于两个或两个以上国家管辖的个人之间的事项。由于各国国内法在这种事项上常互相冲突,于是就发展出来一些避免或限制这种冲突的原则。但是,现在所谓国际私法可能有一部分,由于各国对解决这种冲突的规则以条约表示同意,而同时成为国际法。

三、国际法的效力基础

国际法的效力基础是国际法的一个基本理论问题,这个问题就是:国际法依据什么而对国家有拘束力?关于这个问题,国际法学上有不同理论,主要分为自然法学派和实在法学派,以及试图调和这两派的学派。自然法学派认为,国际法就是自然法或者自然法的一部分。国际法之所以有效力,是因为国际法以自然法为依据,以人类的自然理性、人类良知、人类法律意识等为效力依据。这些概念过于抽象,其结果使国际法本身抽象化,最后不免使国际法趋于神化。在19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”。在他们看来,在现实世界中,起作用的是国家的意志,国家所同意的原则、规则和规章、制度对国家有约束的效力,从而成为国际法原则、规则和规章、制度。实在法学派把国际法的效力的根据放在国家的共同意志上,或者强调每个国家的意志是决定的因素。但是,不同国家之间很难形成“共同意志”,而单方面强调

每个国家的意志,则使每个国家支配国际法,也从根本上否定国际法的效力。

关于国际法的效力基础众说纷纭,但最重要的是:国际法主要是国家之间的法律。国家受国际法约束,同时,国家又是国际法的制定者。因此,国际法的效力基础就只能是国家本身,也就是国家意志。但是,这里的国家意志不是某个国家的意志,而是各国的意志;同时各国意志并不是指各国的“共同意志”,而是各国的意志之间的协议。不同国家之间是可以通过达成协议而受拘束的。因此,各国之间的协议,或者说各国的意志之间的协议,构成了国际法的效力基础。

四、国际法的特征

国际法是法律的一个体系,它像一般法律一样,是对其对象有拘束力的原则、规则和规章、制度的总体。但是它是一个特殊体系,有它自己的特征,与作为法律主要部分的国内法不同。国际法的特征是:

(一)国际法律关系的主体主要是国家

国际法主要调整国家及类似国家的政治实体和国家组成的国际组织之间的关系,而国内法律关系的主体主要是个人,在个人之外按照国内法的规定还有个人组成的法人及作为法人的国家机构。个人不成为国际法律关系的主体。从而,这一点决定了国际法与国内法相比具有任意性。因为国际法的效力以国家同意为基础,虽然现在国际法中已经包含越来越多的“强行法”规则,但是国际法依然以“任意法”占绝大部分。这些“任意法”,就是可以依据国家意志自由订立、变更或废止的规则。这一点与国内法具有很大不同。

(二)国际法的制定主体是国家

国家通过协议来制定国际法原则、规则,建立规章、制度。国内有立法机关,它是国内法律的制定者。在国际上没有任何超越国家之上的国际立法机关来制定国际法。因此,国际法具有分散性,国内法是集中的;前者是法律主体自己制定的,后者是法律主体之上的机关制定的。

(三)在强制实施方面,国际法与国内法也不同

在国内有一些有组织的强制机关,如法院、警察、军队等来强制实施法律,而在国际上则不存在这样的有组织的超越国家之上的强制机关。因此,前者是集中的,后者是分散的。固然,在国际上也有国际法院和其他国际裁判或仲裁机构,但是,他们都没有强制管辖权。在国际上,国际法的强制实施主要依靠国际法主体——国家本身。也正因为如此,国际法的保障机制,如反报、报复等,体现了国际法的相互性。由于国际法的效力来源于国家之间的意志协议,因此国际法必然具有相互性,即一方面,某一国家享有的权利与其自身的义务相对应;另一方面,该国的权利与义务的产生、实现和终止都依赖于其他某一或某些国家所承担的义务和享有的权利。也正因为如此,大部分国际规则无需实际的制裁就得到了很好的遵守。

虽然有这些区别于其他法律体系的特征,但是不能得到国际法不是法律之类的结论。如果否定国际法的法律性质,则使国际法的原则、规则和规章、制度失去了法律拘束力,正常的国际往来就无法维持。事实上,世界各国都公开承认国际法作为法律的存在,各国政府在彼此关系中都要遵从国际法原则、规则和规章、制度。

第二节 国际法的渊源

一、概说

国际法的渊源是指国际法原则、规则和规章、制度第一次出现的地方。国内法的渊源是立法、习惯以及“法理”等等。关于国际法的渊源,有各种不同的说法。一般来说,国际法的渊源主要是两个,即条约和习惯。但是,除了条约和习惯之外,国际法是否还有其他的渊源,是有争论的。

《国际法院规约》第三十八条规定:

“(一)法院对于陈述各项争端,应依国际法裁判之,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,作为通例之证明而经接受为法律者。

(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。

(卯)在第五十九条规定之下,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。

(二)前项规定不妨碍法院经当事国同本‘公允及善良’原则裁判案件之权。”

这条规定没有提及国际法的“渊源”,也未指明所列即为国际法的渊源,规定的只是国际法院在裁判案件时所应适用的法律。许多国际法学者认为,这条规定是对国际法的渊源的权威说明,而少数学者则持不同意见。一般认为,这一款指出了国际法的主要渊源是条约、习惯和一般法律原则,其中前两者的地位最为主要,而司法判例和公法学家学说等是确定国际法的辅助材料,也有学者提出国际礼让也是国际法的渊源之一。^①

二、国际法渊源的种类

(一)国际条约

《国际法院规约》第三十八条把国际条约列为各项渊源的第一项,特别表明了国际法院在裁判案件时适用国际条约的重要性。因为条约对缔约国具有拘束力,而按照“条约必须遵守”的国际法原则,国家必须遵守条约。条约是国家之间的明示协议,而国际法的效力来源于国家之间的意志协议,那么条约就是国际法的最主要的渊源。

条约的主要特点是只对缔约国有拘束力,而对非缔约国无拘束力,这是公认的国际法原则。条约根据缔约国的数量可以分为双边条约和多边条约,而多边条约又可以分为几个国家参加的和多数国家参加的条约。双边条约和多边条约都是只对缔约国具有拘束力,构成有关国家之间的权利义务关系。其中,双边条约和几个国家参加的多边条约只对这几个参加的国家有拘束力,构成特定国家的权利义务关系,从而表现为特定国家的特殊国际法。多数国家参加的多边条约则不同,这类条约可能由于大多数国家参与而对其有拘束力,从而构成大多数国

^① 【英】劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷第一分册,王铁崖等译,商务印书馆1981年版,第23页。

家之间的一般国际法。但就拘束力而言,任何条约都是一样的。无论是特殊国际法还是一般国际法,只要它们确定了当事国所承认的权利义务关系,法院均可适用之。

国际条约在使用中有各种各样的作用,它们的内容也十分复杂,相互之间的差别也相去甚远。理论上,能够直接表示为一般国际法的,应该是以创设新的国际原则、规则和规章、制度或者变更原有的国际原则、规则和规章、制度为目的的多边国际条约。有人依此将这一类条约称为造法性条约;而对于以规定缔约国之间的权利义务关系为主,基本不涉及国际法规则的条约,称为契约性条约。当然,应该看到,契约性条约和造法性条约的区分并不明显。一般的条约都是以规定缔约国的权利义务为主体,或多或少都会对国际法规则有所涉及,在原有的规则之上进行特殊规定更是常见。除了以编纂国际法为目的专门设定的国际条约外,很难确定哪些条约是造法性条约,哪些是契约性条约。

进而言之,如果是双边条约和几个国家参加的多边条约,就与国际法无关。在有些情况下,双边条约和几个国家参加的多边条约有可能反映了国际法,或者是通过多个条约综合地规定了国际法。例如,数个国家通过签署一系列的双边条约规定了相互两个国家的权利义务关系,进而通过这些双边条约达到规定所有国家之间权利义务关系的作用。此时,数个双边条约就起到了大多数国家参与的多边条约的作用。因而,造法性条约和契约性条约的区分并不是绝对的。

(二) 国际习惯

国际习惯与国际条约并列为国际法的主要渊源。事实上,国际习惯是法律最古老、最原始的渊源,也是国际法最古老、最原始的渊源。在历史上,国际条约未出现之前,国际上国家之间的交往依靠国际习惯来调整。到现在为止,在国际关系的调整中,尽管有了为数众多的条约,但依然少不了国际习惯的参与。而且,在国际实际交往中,包括国际条约在内的众多渊源,往往还是要通过国际习惯来起作用。

国际习惯是各国重复类似的行为而具有法律拘束力的结果。国际习惯由两个因素构成:一是各国的重复的类似行为,二是被各国认为有法律拘束力。在这里,要注意区别“习惯”与“惯例”。这两个词经常混用,但它们有很大的分别:广义的惯例包括习惯在内,外交文件上的惯例一词,既包括尚未具有法律拘束力的“惯例”,也包括有法律拘束力的习惯;而狭义的惯例仅指尚未具有法律拘束力的惯例,即《国际法院规则》第三十八条第一项(丑)款所指的“通例”。这里所区分的即是狭义的习惯与惯例。国际习惯与国际惯例都包含着各国反复的行为,其区别在于是否有法律拘束力。国际习惯不仅有各国重复的类似行为,而且各国在从事类似行为时认为有从事这类行为的法律义务。如果惯例经过一段时间被各国认可具有法律拘束力,就可以转变为习惯。

国际习惯与国际条约不同,国际习惯是不成文的,它没有一个法律文本来表现国际习惯法原则、规则和规章、制度。而作为国际法的渊源,国际习惯必须有文本形式,以供查明国际习惯法,确定证据。总体上说,国际习惯是在国家之间的往来关系中形成的,因而,在现代,根据国际习惯形成的不同方式,国际习惯也有不同的文本表现方式:(1)国家之间的外交关系,表现于条约、宣言和声明、各种外交文书等;(2)国际机构的实践,表现于决议、裁决等;(3)国家内部的

行为,表现于国内法规、判决、行政命令等。这三种情况中的种种资料构成国际习惯的文本表现,是国际习惯的根据。

条约和习惯作为国际法的两大渊源,彼此之间存在着相互依赖、补充、说明、渗透和转化的关系。首先,条约会重复许多既存习惯;同时,条约中的规定可能通过缔约国的实践进而转化成对所有国家而非仅仅是条约所涉及之缔约国有拘束力的习惯国际法规则。其次,条约可以通过对既有习惯的固化,将习惯转变为条约;同时,很多习惯本身就来源于各种条约,由于多次的国际实践,由文本中的条约转变为国际习惯。再次,国家可以通过对条约的修改、补充来发展甚至改变已经存在的习惯;而条约的适用、解释从终极上来讲也基本是以国际习惯为依据的。所以说,条约与习惯是相互影响的。这两个重要的渊源常常难以区分,而是互相纠结在一起,共同构成了创制国际法的重要方式。

(三)一般法律原则

一般认为,《国际法院规约》第三十八条第一项(寅)款所规定的“一般法律原则为文明各国所承认者”,也是国际法的一个渊源。但是,虽然一般法律原则作为国际法的渊源得到了大部分国际法学者的认可,但第三十八条(寅)款还是引起了很多争论。争论主要是关于“一般法律原则”的定义问题。

关于一般法律原则的含义,一般有三种不同的见解。第一种认为,一般法律原则即是一般国际法原则,或者是国际法基本原则。以一般国际法原则或国际法基本原则作为国际法的渊源自然没有疑问。但是,一般国际法原则或者国际法基本原则,早已通过各项国际法规定、制度,表现于国际法当中。在此单列出国际法一般原则或基本原则是没有意义的。第二种观点认为,一般法律原则是国际社会的共同法律意识所产生的一种共同的一般原则。然而,这种见解的前提是把国际社会看成像国内社会一样,有一个共同的法律意识,但这一点很难成立,而且,在这一抽象的、无法捉摸的“共同意识”上无法引申出具体的、一般法律原则以供国际法院适用。第三种观点认为,一般法律原则是各国国内法律体系所共有的原则。现在,各国经济、政治、文化差异很大,因此,各国的法律体系也是千差万别。但是,它们之间还是有一些相同的原则,尽管这些原则的内容不尽相同。例如,各国法律体系都有关于时效的概念和制度,虽然内容和条件不同,但是,任何法律体系都承认取得时效和消灭时效。因此,第三种观点是可以采纳的,也是为现在绝大多数学者所接受的观点。

由于一般法律原则与条约和习惯不同,因而,一般法律原则成为独立的国际法渊源。但是,要注意到,一般法律原则是通过条约和国际习惯体现的。《国际法院规约》第三十八条规定的一般法律原则是“文明各国所承认者”。这里的“文明各国”当然应该理解为作为国际社会成员的主权独立国家。重要的是关于“承认”。国家是通过国际条约或者国际习惯来承认或者默示承认的。那么,一般法律原则要成为国际法渊源,就必须经过国际条约或者国际习惯来表示,才能成立。因而,一般法律原则多是融合在国际条约或者国际习惯当中,很少独自表示。

事实上,国际法中一般法律原则是很少的,在国际关系上也很少得到适用。可以说,一般法律原则与前两种渊源相比,处于次要地位,主要起补充前两种渊源的作用。

(四) 确定法律规则的辅助方法

《国际法院规约》第三十八条规定在裁判时使用的国际法包括司法判例和各国最高权威的公法学家学说,但这两者是“作为确定法律原则之辅助资料者”。

1. 司法判例

司法判例包括国际司法判例和国内判例,两者情况是不同的。

国际司法判例主要是指国际法院的判例,同时广义上说也包括各种形式的国际仲裁法庭的裁决。国际司法判例的作用是有限的,《国际法院规约》第三十八条对于司法判例的适用明文加以限制,即受第五十九条的限制。第五十九条规定:“法院之裁判除对于当事国及本案外,无拘束力。”这条规定表明,法院的判决在原则上:(1)只对案件当事国有拘束力;(2)只对本案有拘束力。而对于以后发生的案件,即使是类似的,也无拘束力。这也就表明,国际法院只有适用法律的职权,而没有创造法律的功能,同时,也就排除了英美法上的判例主义。但是,国际法院在适用和解释国际法时要对国际法原则、规则和规章、制度加以认证和确定,而这种认证和确定不仅为国际法院在审判其他案件时以及其他国际法院在审判案件时所援用,而且往往在一般国际实践中受到尊重。因此,虽然一般地说国际私法判例并不直接表现为国际法,但是却有助于国际法原则、规则和规章、制度的确定,而这就是《国际法院规约》第三十八条所说的“确定法律原则之辅助资料”。国际司法判例不是国际法的直接渊源,而是辅助性渊源。

由于国内法院是一个国家的机关,国内司法裁判更不能直接表现为国际法,而只能在一定条件下表现一个国家的国际法观点。因此,国内司法裁判更不能成为国际法的直接渊源。但是,一个国家的国际法观点对于国际法的形成是有重大影响的,而许多国家的国际法观点最终形成国际法。因此,国内司法裁判与判例被认为是国际法的辅助性渊源。

2. 公法学家的学说

公法学家的学说,更广泛地说,学者们关于国际法的论著,也是确定国际法的辅助资料。因为国际法是各个国家创制而成的,是国家的意志表现。学者们的论著虽然代表着一个国家的国际法观点,但是毕竟是私人的观点体现,不能成为国际法规则的直接渊源。以前,学者们的论著经常被引用,来确定某些国际法原则、规则等,但是随着国际法的不断完善,国际法条约、公约等资料不断丰富,国际法著作在这方面的作用不断减少了。因此,学者们的论著只能是“补充资料”。

(五) 关于国际礼让

除去上面所说的各种补充资料外,还有一种特别的因素也影响国际法的发展,这就是所谓的国际礼让。各国在彼此交往中不仅遵守有法律拘束力的规则和具有惯例性质的规则,而且也遵守礼貌、便利和善意的规则。这种国际行为规则不是法律规则,而是礼让规则。例如,各国允许外交使节豁免关税,是礼让规则的结果,而不是国际法规则的结果。而且,有许多规则,从前不过是国际礼让规则,而现在却成为国际法规则。这种区别虽然在逻辑上很清楚,但在实践上却很难看出来。

第三节 国际法的历史发展

一、古代国际法

尽管在古代,国家之间的交往还很少,而且多数情况是战争状态,但是,只要这些国家平等地进行来往交流,它们就会有尊重使节、信守条约等原则和规则。

在古代埃及,就存在着奴隶制国家之间的交往以及调整它们交往关系的规则。这些原则和规则不仅涉及当时外交使节来往和条约签订,而且还有最古老的战争法规。在古代印度,也有文献记载当时流行的关于国际交往的一些原则和规则。在古代希腊有许多城邦,这些城邦彼此独立同时又有密切的交往。因此,它们之间就形成了较为发达的国家法律规则,用来调整条约、结盟、使节、纠纷解决、从事贸易、航海、战争等诸多方面。其中,尤其以使节和战争制度最为发达。

在古罗马时代,国际法在古希腊的基础上又有了进一步的发展,其特点是不仅有了更多的条约和规章,更重要的是,这些条约和规章逐渐脱离宗教的范围,成为独立的法律。在古罗马,为了处理罗马和外国关系,委派了外事大法官。和內事大法官相区别,外事大法官执行“外事法”,处理有关对外关系的事项。这种法律依然是神法的一种,但已具有世俗法律的性质。更值得一提的是,罗马法分为“市民法”(jus civile)和“万民法”(jus gentium)两个部分。这两部法律因适用的对象不同,而有所区分。“市民法”是在罗马国内对本国人民适用的,“万民法”则适用于外国人,但并不是所有的外国人都适用“万民法”。罗马与外国关系因有无友好条约而不同:对于没有友好条约的国家实际上处于敌对地位,这些国家的人几乎不受法律的保护,而对于有友好条约的国家的人,则给予法律的保护,在他們和罗马人之间的关系中产生了一套法律,就称为“万民法”。总的来说,“市民法”调整罗马人之间的关系,而“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(Hugo Grotius, 1583~1645)曾经把国际习惯法这个法律部门称为“万民法”,从而“万民法”被认为是国际法的前身。严格地说,当时的“万民法”是国内法,到了“万民法”转为“万国法”,从而出现“国际法”的名称,国际法这个法律才有了确定的名称。

二、近代国际法

现在我们所认识的具有独立体系的国际法是近代欧洲的产物。但是在中世纪左右,欧洲并没有产生实质性的国际法。在中世纪,欧洲在实质上或者至少在形式上形成一个帝国,以皇帝为世俗的统治者,教皇为精神的统治者,在帝国之外的人民都被视为“野蛮人”。在这种情况下,国际法没有多大的发展,尽管有些地区由于贸易往来和海上航行而产生了一些到现在还有其影响的“海事法典”。

真正的国际法体系是随着独立国家的出现而产生的。在十五、十六世纪的欧洲,威斯特伐里亚公约的产生,是国际法历史上的重要事件,标志着近代国际法的产生。这个公约表明独立主权的近代国家建立了,近代国际法的主要原则,如主权平等、领土主权等原则确立了。

与威斯特伐里亚公约相适应的,是第一部有完整体系的国际法著作——格老秀斯的《战争与和平法》于1625年的出版。在这之前,已经有一些意大利的、德意志的、葡萄牙的法学家、神学家发表了有关国际法某些部分的著作。他们的著作以及格老秀斯的著作都出现在威斯特伐里亚公会之前,对这个公会的召开和进行有着一定的影响,反映了新的时代的诞生。《战争与和平法》虽然以战争为重点,但却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。这部著作可以说为近代国际法的建立奠定了基础。在格老秀斯之后,国际法发展了,国际法学也跟着发展了;在实践上,国际法原则、规则和规章、制度增多了;在理论上,也出现了以自然法学派和实在法学派为主的不同派别,其中包括以法泰尔(Emerich de Vattel,1714~1767)为突出代表的所谓“折中派”。

1789年的法国革命,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,其中包括国家对领土的主权和对公民的管辖权。1793年法国宪法宣布民族自决和不干涉内政的原则,同时改变外国人的法律制度和赋予“为了自由事业而被本国驱逐的外国人”以庇护权。法国的革命战争还改变了中世纪及以后所实行的陈规旧例,在战争法中体现了某种人道主义精神,如战斗员和非战斗员的区别、对平民的保护、战俘的人道待遇等原则、规则,这些在今天还有现实的意义。

随着资产阶级的的发展,特别是在资本主义发展为帝国主义的时期,帝国主义国家对外掠夺别国领土,掠夺殖民地,实行赤裸裸的对外政治压迫、经济剥削和武装侵略的政策。因此,一些进步原则、规则名存实亡了,相反,却确立了一些与帝国主义政策相适应的原则、规则和规章、制度。例如,正统主义、神圣同盟,保护关系、势力范围,合法干涉、和平封锁,领事裁判权制度、租界、租借地等等。这些国际法原则、规则和规章、制度阻碍了国际法向和平与正义的正确方向的发展,使国际法向强权法、霸权法的方向前进,逐渐违背了国际法建立的初衷。

尽管如此,由于国际关系的发展,国际法还是有发展的。特别在20世纪初以后,为了适应国际关系的需要,国际法的发展还是比较显著的。国际法的领域扩大了,它不仅扩大到美国,而且扩大到整个美洲,不仅扩大到东方的土耳其,而且扩大到亚洲、非洲的一些国家。这当然仅仅是扩大的开始,以欧洲为中心的国际法还没有得到根本的改变。同时,国际关系的内容增多了,各国之间不仅开始签订一系列公约,而且建立了许多国际行政联合,以处理国与国之间一些专门性问题。这种国际行政联合是后来建立世界性国际政治组织的一个因素。还有,连续不断的战争以及战争的残酷性引起了人们对于制定战争法规的要求。从1856年的《巴黎宣言》和1864年的《日内瓦红十字公约》,到1899年和1907年两次海牙和平会议签订的各种公约以及1909年伦敦会议提出的宣言,不仅推动了国际法中战争法的发展,而且建立了和平解决国际争端的原则和制度。

三、现代国际法

第一次世界大战破坏了一系列的国际法原则、规则和规章、制度,使人们对国际法的存在表示怀疑。但是,国家之间必定要有来往关系,国际关系必然要有所发展,从而国际法也就必然要发生其应有的作用。第一次世界大战后期,1917年发生的十月社会主义革命提出“不兼