



高等院校网络教育系列教材



任 虎◎主编

国际公法

International Law



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

高等院校网络教育系列教材

国际公法

任 虎 主编



華東理工大學出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

国际公法 / 任虎主编. —上海: 华东理工大学出版社, 2021. 8

ISBN 978-7-5628-6522-3

I. ①国… II. ①任… III. ①国际公法 IV. ①D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 167143 号

项目统筹 / 左金萍

责任编辑 / 左金萍

装帧设计 / 戚亮轩

出版发行 / 华东理工大学出版社有限公司

地址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电话: 021-64250306

网址: www.ecustpress.cn

邮箱: zongbianban@ecustpress.cn

印 刷 / 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本 / 787 mm × 1092 mm 1/16

印 张 / 18.75

字 数 / 385 千字

版 次 / 2021 年 8 月第 1 版

印 次 / 2021 年 8 月第 1 次

定 价 / 68.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

2019年年底一场突如其来的新冠肺炎疫情是对全世界范围内远程教育课程速度和质量的一次大考验。近年来,通信技术的飞速发展和线上会议平台的大力建设,极大地推动了慕课课程等大批互联网教学内容的丰富和改善,从而加快了远程教育供给侧技术体系、教育内容的完善。然而,远程教育需求侧的教材建设却仍停留在起步阶段,无法真正体现远程教育教学的特征和学生的学习需求。

本教材基于远程教育的交互性和自主性相结合的特征,注重吸引学生主动学习、利用零散时间学习,帮助学生有效消化远程视频课程理论知识,吸引学生们自主完成课后习题,最终达到熟练运用所学理论知识、准确分析当今国际社会主要法律争端的水平。

本教材在每章内容安排方面采取案例引入、辨析关键问题、阐明知识结构、引经据典分析问题并做出结论、点明学术前沿或学术争论的“五步骤”结构体系,在形式上突破了现有普通高等教育教材的陈述句形式,灵活采用图片、符号、典型案例、边框注解、二维码等手段,以符合交互性和自主性相结合的远程教育的教学特点。

此外,在内容体系方面,本教材遵循了一般法学的体系划分,在“总论”和“分论”的两分法基础上,将“分论”再划分为“实体法”和“程序法”,共由十六章构成。总论部分包括了国际法学的基本理论以及国际法所要调整的主体和客体等六个章节。其中,第一章“国际法导论”主要包括国际法的发展、国际法的主体和效力根据、国际法的渊源和编纂、国际法与国内法的关系以及国际法的基本原则等内容。条约虽然是外交关系建立的基础,但是条约法的很多内容是研究其他国际法的基础,因此,本教材将“国际条约法”纳入第二章。接着,本教材从国际法的主体角度,依次编写了第三章“国际法上的国家”、第四章“国际组织法”和第五章“国际法上的居民”。虽然针对“个人”是否能成为国际法的主体存在争议,但随着国际人权法、国际环境法和国际刑法的发展,个人在国际社会中的法律地位将不断得到提升,故本教材将其纳入总论部分。作为国际法所调整的客体,“国际法上的领土”被纳入第六章。国际法分论再分为实体法和程序法两个部分。按照国际法发展的顺序,实体法包括第七章“国际海洋法”、第八章“国际航空法”、第九章“外层空间法”、第十章“外交与领事关系法”、第十一章“国际人权法”、第十二章“世界贸易组织法”和第十三章“国际环



境法”。最后,按照国际争端的解决以及国家责任的划分,程序法包括第十四章“武装冲突法”、第十五章“国际争端的和平解决制度”和第十六章“国际责任法”。之所以将“国际责任法”作为最后一章,是因为“国际责任法”这一章中有很多内容涉及实体法,如“国际法不加禁止行为的国家责任”直接关系到“国际环境法”的实体法律。并且,从国内法律体系构成来分析,责任的区分往往是在通过“争端解决程序”划分双方过错之后才适用的部分,是建立在初级规范之上的次级规范,故须先确立初级规范的其他各实体法规范。此外,从国际法教学角度来看,将“国际责任法”作为对国际法整体内容的总结纳入国际法教材体系的责任部分,能够在阐述“国家责任”基本理论的同时,结合其他国际法的内容逐一分析其国家责任,以便对系统地讲授和帮助学生掌握国际法体系起到更为有效和积极的作用。

本教材的编写参考了大量国内已出版的专著和教材,这些均详细记载于参考文献中。同时,感谢华东理工大学网络教育学院和华东理工大学出版社的大力支持和协助。

由于本教材的编写系针对远程教育需求侧的要求而进行的探索性尝试,故难免有疏漏之处,恳请读者不吝赐教,批评指正。

任 虎

2020年10月10日于上海

目 录

第一章 国际法导论	001
第一节 国际法的概念、特征和发展	001
第二节 国际法的主体和效力根据	006
第三节 国际法的渊源和编纂	008
第四节 国际法与国内法的关系	017
第五节 国际法基本原则与国际强行法	020
第二章 国际条约法	025
第一节 条约法概述	026
第二节 条约的缔结	030
第三节 条约的效力与适用	036
第四节 条约的解释、修订与终止	042
第三章 国际法上的国家	050
第一节 国家的概述	050
第二节 国家和政府的承认	063
第三节 国际法上的继承	066
第四章 国际组织法	072
第一节 国际组织法律制度概述	072
第二节 联合国及其法律制度	076
第三节 联合国专门机构和区域性国际组织	083
第五章 国际法上的居民	090
第一节 个人的国籍	090



第二节	外国人的法律地位	094
第三节	引渡和庇护制度	099
第四节	难民的国际保护	102
第六章	国际法上的领土	106
第一节	国家领土与领土主权	106
第二节	国家领土的取得和变更	108
第三节	国家的边界和边境制度	114
第四节	南极和北极地区的法律地位	115
第七章	国际海洋法	118
第一节	国际海洋法概述	118
第二节	领海、内水和毗连区	121
第三节	专属经济区和大陆架	126
第四节	群岛水域和用于国际航行的海峡	129
第五节	公海	131
第六节	国际海底区域	134
第八章	国际航空法	138
第一节	航空法概述	138
第二节	空气空间的法律地位	140
第三节	空中航行的法律制度	141
第四节	国际航空安全的法律制度	145
第九章	外层空间法	149
第一节	外层空间法概述	149
第二节	外层空间活动的原则和制度	151
第三节	外层空间的经济利用和空间环境保护	156
第十章	外交与领事关系法	160
第一节	外交关系法	160
第二节	领事关系法	166
第三节	联合国和各专门机构的特权与豁免	171

第四节	防止和惩处侵害应受国际保护人员	174
第五节	我国关于外交和领事特权与豁免的规定	176
第十一章	国际人权法	181
第一节	国际人权保护的概述	181
第二节	国际人权保护的基本文书	184
第三节	专门性国际人权文书	187
第四节	区域性人权保护公约及其实施机制	193
第五节	国际人权保护的实施制度	195
第六节	国际人权法的一些问题研究	198
第十二章	世界贸易组织法	202
第一节	世界贸易组织概述	202
第二节	作为国际组织的 WTO	206
第三节	实体规范的《WTO 协定》	210
第四节	WTO 与我国	219
第十三章	国际环境法	224
第一节	国际环境法概述	224
第二节	大气环境的保护	229
第三节	海洋环境的保护	232
第四节	自然资源的保护	236
第五节	危险物质和有害废物的控制与管理	242
第十四章	武装冲突法	247
第一节	武装冲突法概述	247
第二节	适用于战争的传统规则	250
第三节	禁止武力侵犯和集体安全保障体制	253
第四节	国际人道主义法	257
第十五章	国际争端的和平解决制度	262
第一节	国际争端的和平解决概述	263
第二节	国际争端的政治解决方法	264



第三节	国际争端的法律解决方法	266
第四节	中国解决国际争端的立场与实践	270
第十六章	国际责任法	273
第一节	国际责任概述	273
第二节	国家责任	276
第三节	国际法不加禁止行为的国家责任	285
参考文献	290

第一章 国际法导论

案 例 导 入

【案情】 1926年8月2日,法国轮船“荷花号”与土耳其轮船“波兹-库特号”在爱琴海公海处相撞,造成“波兹-库特号”8名人员死亡。翌日,“荷花号”在土耳其伊斯坦布尔上岸后,土耳其当局随即对法国籍船员戴蒙展开调查,并于9月15日判处其短期监禁与罚款。法国政府抗议土耳其法院无管辖权。两国相持不让,于1926年10月12日经合意将争端提交常设国际法院(Permanent Court of International Justice, PCIJ)解决。

法国主张,根据1923年7月24日的《居住、商务和管辖相关公约》第15条“关于管辖权之有无,签约国需依国际法处理”,土耳其政府应提供有利于土耳其法院行使管辖权的国际法依据。土耳其政府则主张,只要土耳其法院的管辖权不与国际法原则发生冲突,公约第15条规定就允许土耳其行使管辖权。

常设国际法院认为,根据公约,问题不在于陈述是否允许土耳其采取刑事诉讼原则,而在于确定这种诉讼可能违反的原则。这种陈述方式则由国际法的性质和现有条件决定。

【问题】 国际法的性质是什么?

第一节 国际法的概念、特征和发展

一、国际法的名称

1. 英文名称的由来

目前,国际法的通用英文表达方式是“International Law”或“Law of Nations”,这一说法可以追溯至古罗马时期。古罗马时期有市民法(Jus Civile)和万民法(Jus Gentium)



之分,市民法适用于罗马市民之间的关系;万民法则适用于罗马市民和外国人之间以及外国人与外国人之间的关系,具有现今涉外私法的性质。

近代国际法之父、荷兰国际法学家胡果·格劳秀斯(Hugo Grotius)依然认同市民法和万民法的区别。而他所称的万民法是指其拘束效力来自所有国家或许多国家的意志的法律。因此,格劳秀斯所指的万民法是国际法,后来被西方翻译成万国法(Law of Nations)。

1789年,英国哲学家、法学家杰里米·边沁(Jeremy Bentham)在其首次出版的《道德与立法原理概论》(*An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*)一书中第一次使用“International Law”的名称,之后国际法学界普遍使用“International Law”来指称调整国家之间相互关系的法律。

2. 中文名称的由来

1864年,美国传教士丁韪良(Willian Martin)将亨利·惠顿(Henry Wheaton)的《国际法原理》(*Elements of International Law*)翻译成《万国公法》。丁韪良的这本《万国公法》传播到日本后,在日本被重新翻译。到了清朝末年,日本使用的“国际法”表述传播到中国,并成为普遍使用的中文名称。

【思考题】 美国传教士为什么把《国际法原理》翻译并引入中国?

二、国际法的概念和特征

国际法是指调整国际法主体之间,主要是国家之间关系的,有法律拘束力的规则的总体。

国际法具有如下四点特征。(1)国际法主体主要是国家。此外,还有政府间国际组织,特别是世界性的国际组织,如联合国。(2)国际法调整的对象是国际关系,主要是主权国家之间的关系。(3)国际法是由两个以上国家或许多国家通过协议共同制定的。国际社会没有专门的立法机关,如第三次联合国海洋法会议制定了《联合国海洋法公约》。(4)国际法的实施主要依靠国家本身的行动。在强制实施方面,国际法与国内法不同。在国内,法院、警察、军队和监狱等可以保证国内法的实施,而国际法则没有居于国家之上的强制机构,尽管有国际法院(International Court of Justice, ICJ)、国际海洋法法庭(International Tribunal for the Law of the Sea, ITLOS)、国际刑事法院(International Criminal Court, ICC)等国际司法机构,但这些都不具有强制管辖权。

【思考题】 个人能否成为国际法主体? 主权国家之间都有什么关系? 国际法的特征是什么?

三、国际法的发展

现代意义上的国际法始于16世纪,始于现代意义上的国家形成之际。因为根据将国际法看作主权国家之间法的旧国际法理论,国际法的形成当然地以现代国家的成立为前提。但是,从国际法是国际社会的法以及国际共同体的法这种立场上来看,哪怕是国际社会松散地存在,也可以从中探索出国际法的历史起源。

国际法发展历史年代表(英文)

<http://www.tiki-toki.com/timeline/entry/459289/The-History-of-International-Law/>

1. 古代国际法(476年罗马帝国灭亡之前)

(1) 古埃及:公元前1292年,埃及法老拉美西斯二世为了与叙利亚发动战争,和赫梯帝国国王哈杜西勒三世签订了《埃及赫梯和约》,该和约不仅规定了同盟关系,而且还规定了政治犯引渡问题。

(2) 古希腊:古希腊许多城邦之间的往来关系对国际法的形成做出了很大贡献。城邦之间经常互派使节、从事贸易、订立条约,而且建立联盟,实行仲裁以解决纠纷。还制定了战争规则,例如,战争中对很多庙宇等宗教设施予以中立化,规定奥林匹克等全希腊体育竞赛期间休战。

(3) 古罗马:古罗马在战争和使节方面,不仅制定了更多的原则、规则和制度,而且使它们法律化。古罗马的万民法被认为是国际法的前身。

(4) 中国春秋时期:中国历史上的春秋时期,列国并存,为国际法规则的萌芽和国际法实践提供了土壤,但后来秦汉统一中国,就没有了国际法产生和发展的基础。春秋时期,各诸侯国之间外交活动频繁,形成了一定做法和规则。例如,外交使节享有不可侵犯权;外交使节代表君主,不得侮辱、不得伤害。各国之间的战争也促使了和平同盟条约的发展,例如,公元前579年,晋国和楚国在弭兵会盟上订立盟誓,若有一方遭受第三国攻击,就帮助其与第三国作战,相当于签署了和平同盟条约。

2. 中世纪国际法(476年—15世纪)

中世纪时期,由于国王们在国内没有最高权力,对外则需要向教皇和罗马皇帝表示忠诚,因此中世纪并不存在适合国际法正常发展的条件,国际法的形成与发展受阻,其在中世纪是不发达的。虽然没有形成近代意义上的国际法,但这一时期也直接和间接地影响了国际法内容的形成,主要体现在以下四点。(1) 区别了战争法和平时法,按照基督教法



重新定义正义的战争和非正义的战争等。(2) 条约和仲裁制度继续得以发展。(3) 外交使节制度得以发展。(4) 随着海上航行的发展,海洋制度也相继出现。

3. 近代国际法(15世纪—第一次世界大战之前)

随着地理大发现时代的到来,资本主义生产方式在西欧产生和迅速发展,西方国家不断的海外殖民扩张以及世界市场的形成,使得世界各地之间的隔绝状态被打破,逐步形成相互依存又相互矛盾的一体,这为近代国际法的诞生和发展奠定了社会基础。具体体现在以下五点。

(1) 近代国家的出现。近代意义上的国家,是指在特定的领土上排除来自外部的支配,形成排他的支配权,即巩固独立,加强内部中央集权,充分行使国家统治职能的主体。

(2) 主权国家理论。根据让·博丹(Jean Bodin)的主权国家理论,主权是国家绝对的和永恒的权利;主权是至高无上的权力,不受法的限制;主权是不能转让的,也是不能分割的。

(3) 《威斯特伐利亚和约》。1618—1648年,欧洲爆发大规模战争,从根本上改变了欧洲的政治版图。战争中,罗马皇帝和教皇惨败,包括瑞典和法国等在内的同盟国获胜。该和约承认了罗马帝国统治下的许多邦国为独立主权国家(包括瑞士和荷兰),确立了主权平等、领土主权等原则,是第一次承认近代意义上的国家的国际文献,被称为欧洲宪章的和约。这标志着国际法发展的新阶段,近代国际法开始形成。

《威斯特伐利亚和约》



(4) 国际法之父:格劳秀斯。格劳秀斯在1625年出版的《战争与和平法》中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,使国际法成为一门独立的学科。格劳秀斯的国际法以以下三个理论为基础:誓约应遵守;不得侵犯他人财产,不当利益应予以返还;因过错造成他人损失,应予以赔偿。格劳秀斯的《战争与和平法》还将战争分为正义战争和非正义战争。格劳秀斯的另外一本著作是《捕获法》,他在此书中主张海洋的自由。他认为,海洋是流动的,人在海洋中不能定居,所以海洋不能成为人所有的对象;陆地上的经济得失与人的积极劳动息息相关,但是海洋的经济收益与人的劳动无关,而是基于鱼类的自然繁殖,因此海洋不能成为人所有的对象,也无需设定主权;国际贸易是基于自然法则而认定的原理,海洋交通是必需的工具,因此海洋的自由是来自自然法则的原则。



国际法趣谈

国际法之父：胡果·格劳秀斯

荷兰国际法学家胡果·格劳秀斯(1583—1645)是近代国际法学的奠基人,15岁时获得博士学位,并同年随荷兰首相出使法国,16岁获得荷兰律师资格,21岁成为奥兰治亲王的法律顾问。1609年,在其26岁时发表一本著名的国际法著作《海洋自由论》,主张海洋是属于所有人的共有物,所有人都享有海上的航行自由,葡萄牙无权以发现、教皇赠予、战争或先占的名义取得对东印度群岛的主权。这一理论为当时新兴的海权国家如荷兰、英国提供了相关的法律原则基础。格劳秀斯在国家领域中所提出的一系列原则对后来国际法理论的发展产生了深刻影响,故而被称为“国际法之父”或“国际法奠基人”。但是,真正的“国际法之父”应为意大利法学家和哲学家阿尔柏利克斯·贞提利斯(Albericus Gentilis, 1552—1608),他的著作《战争法论》被后人认为为格劳秀斯的《海洋自由论》做了一个示范。



(5) 法国大革命。1789年的法国大革命开启了国际法发展的新阶段,形成了一系列近代国际法的主要原则。例如,国家的基本权利和义务概念;国家主权原则,包括国家对领土的主权和国家对公民的管辖权;不干涉海洋自由原则;条约神圣不可侵犯原则等。

此外,国际社会的变化也促进了国际法的发展。由于国际关系的内容不断增多,国家之间开始签订一系列国际公约,如《保护工业产权巴黎公约》(1883年)、《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(1886年)以及《和平解决国际争端公约》(1899年)、《陆战法规和惯例公约》(1907年)等一系列海牙体系公约,而且建立了许多国际行政联合,成为后来建立世界性国际政治组织的重要基础。中立制度也获得了重大发展,例如,中立国不得提供任何直接或间接援助,但不排除支援人员和贸易。1815年瑞士宣布永久中立,《巴黎条约》确立了其中立性。

【思考题】 2002年瑞士加入了联合国,由此引发其中立地位已丧失的争论。瑞士是否仍然为中立国? 中立国应满足什么条件?

4. 现代国际法(第一次世界大战之后)

第一次世界大战破坏了国际法,使国际法遭到了重创,但是国际法并没有消亡。战后的国际关系仍然需要国际法的原则、规则和制度来维系,而且经历了战争的考验,国际法



规则有了新的变化。(1) 1917年,俄国十月革命对国际法的变化起了重要的作用。列宁领导的苏维埃政府提出不兼并和不赔款的民主概念,宣布侵略战争为反人类罪行,提出废除秘密外交和废除不平等条约的主张,强调民主自决原则,为国际法的变化注入了新的理念。(2) 第一次世界大战之后,“国际联盟”(League of Nations)于1919年成立,“常设国际法院”于1922年成立。国际联盟虽然开始就缺乏普遍性,但是它毕竟是有史以来第一个世界性国际政治组织,虽然有许多失败的教训,但是仍然树立了一些重要的国际法的基本原则,并进行了有计划的国际法的编纂。(3) 1928年8月28日,美国国务卿凯洛格和法国外交部部长白里安发起签订的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》,即《巴黎非战条约》或《白里安-凯洛格条约》,第一次以普遍性国际条约的形式,正式宣布全面废弃以战争作为施行国家政策工具。对于缔约各方之间可能发生的一切争端或冲突,不论其性质或起因如何,只能用和平方法加以处理或解决。(4) 第二次世界大战结束之后,1945年联合国的建立和《联合国宪章》的通过意味着以欧洲为中心的传统国际法逐渐转变为现代的、以普遍性为特色的国际法。为了有序地组织国际法的编纂,1947年11月21日,作为联合国下设机构的联合国国际法委员会(International Law Commission, ILC)成立。国际社会的变化不仅推动了传统领域的国际法,如海洋法和战争法等得到了质的变化,而且促进了国际法新的分支和部门的涌现,如国际经济法、外层空间法、国际人权法、国际环境法以及欧盟法等,国际法进入了前所未有的发展阶段。

第二节 国际法的主体和效力根据

一、国际法主体

1. 国际法主体的概念

国际法主体是指有能力享有国际法上的权利和承担国际法上的义务,有能力进行国际关系活动的实体。也就是说,国际法主体应具有国际法上处理国际关系的权利能力和行为能力,而且必须是直接的、自主的或独立的。进而,除了权利能力和行为能力的标准之外,确定“国际法上的国际关系”的标准或依据也会影响国际法主体资格判断,并且这种判断会随着国际关系的发展变化而发生改变。

2. 现代国际法主体的类型

(1) 国家。国家是国际法的基本主体,也是传统国际法上认可的唯一主体。国家作为国际法主体,应具备固定的居民、确定的领土、政府和主权。

(2) 民族解放运动组织。民族解放运动组织一般是指已实际上控制一定的地域或根据地,有一定政治组织和机构作为其在国际上的代表,正在为摆脱殖民统治而斗争着的民

族解放运动的组织。其之所以被认为是国际法的主体,是由于国际法赋予了其民族自决权,因此本质上它们是正在形成中的国家。民族解放运动组织的法律地位可概括为以下三点:有一定的国际交往能力;不同程度地参加国际组织;有权采取包括武装斗争在内的不同方式来争取和维护独立。

(3) 国际组织。第二次世界大战之后,联合国及其他一些国际组织在国际关系中的作用越来越重要,使国际组织在国际法上的主体地位获得广泛承认。国际组织的国际法主体地位一般在其组织约章中予以规定。例如,《联合国宪章》第104条规定:“本组织于每一会员国之领土内,应享受于执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力。”第105条规定:“本组织于每一会员国之领土内,应享受于达成其宗旨所必需之特权及豁免。”

(4) 个人。个人是不是国际法主体的问题,在国际法学中存在两种对立的观点。一种观点认为,个人是国际法主体,另一种观点则否定。前者主张,个人在战争罪、海盗罪等方面直接承担国际法上的责任,而且有些国际人权条约直接适用于个人,故应赋予个人国际法的主体地位。后者则主张,个人在国际关系中所表现出来的权利能力和行为能力与国家在国际关系中的表现相比只是少数例外情况,最多只能说个人有某种国际法律地位,但这并不等于认为个人就是国际法的主体。

【思考题】 应如何分析个人的国际法主体地位问题?

二、国际法的效力根据

国际法的效力根据指的是国际法何以对国家及其他国际主体有拘束力的问题,即国际法为什么具有法律效力的问题。

1. 格劳秀斯学派

格劳秀斯学派认为,国际法的效力根据是自然人和国家意志的合一。国际法对国家有拘束力,一部分是依据自然法和理性,另一部分是依据各国的同意。

2. 自然法学派

自然法学派认为,国际法是自然法的一部分。国际法之所以有效力,是因为国际法以自然法为依据。自然法是指人类的良知、理性和法律意识等。

3. 实在法学派

实在法学派认为,国际法的效力根据不是抽象的“人类理性”“人类良知”,而是现实的“国家意志”。国家意志表现为习惯和条约。其主张“公认”是国际法的唯一基础,即某个原则在列为国际法规范之前,必须先证明它确实为各国公认。



4. 社会连带法学派

社会连带法学派认为,国际法的效力根据是社会连带关系的事实,并由统治阶级把这种连带关系的事实制成条约或法律的形式。因此,“各民族的法律良知”成了国际法的唯一根据。

5. 规范法学派

规范法学派认为,一切法律规则的效力都出自上一级的法律,全部法律可归纳为一个体系,国际法为最上级。每一级规则的效力来源于上一级规则,最后溯源至国际法及“最高规范”,这个最高规范是唯一的法律依据。

6. 权力政治学派

权力政治学派认为,“势力均衡”是国际法存在的基础,是国际法的效力根据。

7. 政策定向学派

政策定向学派认为,国际法的效力根据取决于国家的对外政策。

8. 我国国际法学者的主张

我国国际法学界在国际法的效力根据问题上比较通行的提法:国际法的效力根据是各国统治阶级的意志,但是这种意志不可能是各国的共同意志,而是体现在国际习惯和条约中的“各国的协调意志”。



案例导入答案

【答案】 各国的共同意志赋予国际法以法律的权威,这取决于国家的同意。常设国际法院在“荷花号案”中指出:“国际法支配着独立国家之间的关系。对各国具有约束力的法律规则产生于它们自己的自由意志,这些自由意志表现在公约或惯例中,这些公约或惯例通常被认为是表达法律原则的方式,其设立是为了规范这些共存的独立共同体之间的关系,或者是为了实现共同的目标。因此,不能假定对国家独立的限制。”

【追加问题】 常设国际法院对“荷花号案”的判决属于或更接近于上述哪个学派的观点?

第三节 国际法的渊源和编纂

一、国际法渊源的含义

在法律规则适用于社会生活之前,首先需要知道相关法律规则的产生、形成过程和程序,了解其存在形式和方式,这种探究法律现实存在的问题则为法律渊源或法源问题。法

律渊源一般分为实质渊源(Material Legal Source)和形式渊源(Formal Legal Source)。前者是指对形成某种法律内容做出贡献的所有社会现象及价值因素,包括社会的习惯、道德、传统、历史和必要性等,一般由法哲学领域来进行研究;后者则指法律现在存在的形式或形成程序,通常情况下法律渊源是指形式渊源。



国际法趣谈

国际法渊源的区分历史

国际法的法律渊源在国际法诞生之初就已存在,但实质性提出国际法渊源问题,则是在对国际法渊源进行系统分类之后。国际法渊源的分类开始于1907年第二次海牙和平会议。海牙和平会议创设了国际捕获法院(International Prize Court, IPC),赋予其在有关战时船舶捕获问题上对国内法院判决的上诉进行审判的职能。

创设国际捕获法院的1907年,海牙第12公约第七条将法院所要适用的法律渊源按顺序规定为处理船舶捕获问题的条约、一般国际法规则及在无此类规则时的公平正义原则。但是海牙第12公约因各国对选任法官的方法和海战习惯法内容发生意见分歧而未能生效。因此,将国际法渊源进行分类,并使之系统化之后体现在1920年12月通过的《常设国际法院规约》第38条中。1945年6月签署的《国际法院规约》(Statute of International Court of Justice)(以下简称《ICJ规约》)第38条承袭了《常设国际法院规约》的内容。《ICJ规约》第38条常被认为是对国际法渊源的权威说明。

二、国际法渊源的内容

1. 国际法渊源概述

由于国际社会的无政府性,什么被视为国际法,什么不属于国际法,并没有一个自上而下的说明,只有依靠各国的公示和实践。因为《ICJ规约》第38条规定了国际法院在处理案件时应当依据的国际法规范,所以被国际社会视为国际法渊源存在的权威说明。

《ICJ规约》第38条包括两项规定。(1)法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:①不论普通或特别国际协约,确立诉讼当事国明白承认之规条者;②国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者;③一般法律原则为文明各国所承认者;④在第59条规定下,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辅助资料者。(2)前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

第59条:法院之裁判对于当事国及本案外,无拘束力。



《ICJ 规约》第 38 条通常作为国际法渊源而被引用。但第 38 条本身不能创造其中所列举的渊源的法律效力，因为它本身就属于这些渊源之一。第 38 条在《ICJ 规约》中作了规定，从而对国际法院是有法律拘束力的，而且一般说来是有权威性的，因为它反映了国家实践。

《ICJ 规约》第 38 条将国际法的主要渊源归结为条约、国际习惯法和一般法律原则，并确立了国际法的辅助资料。那么这三者之间存在什么关系？《ICJ 规约》第 38 条似乎表明了国际法渊源的层次，即条约居于首位，国际习惯法次之，最后是一般法律原则。但是《ICJ 规约》并没有规定三者之间的次序。因为条约往往是通过习惯才形成国际法原则、规则和制度的，所以有些学者认为国际习惯法应当在国际法渊源中居于首要的地位。从国际成文法的编纂和国际习惯法的形成中可以得知，国际法的这些渊源不是各自独立的，而是相互关联的。实践中，一般首先确认条约的存在与否，如果不存在条约时，才去确认与之相关的国际习惯法，条约和国际习惯法没有先后次序。但不管是条约还是国际习惯法，如果其为强行规范的时候，就认定其具有绝对优势地位。

2. 条约

关于条约的具体内容参见本书第二章。

3. 国际习惯法

《ICJ 规约》第 38 条规定，国际习惯法是指“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者”。国际法院在 1969 年“北海大陆架案”判决中指出，国际习惯法的形成包括两个因素：一个是国家实践的一般性因素或客观因素（物质因素），即先例，是指包括最有利害关系的国家在内的广泛而有代表性的一致性、重复性国家实践；另一个是“法律确信”，是主观因素（心理因素），是指上述国家实践是基于对一项法律规则或法律义务的一般承认。

【思考题】 国际习惯区别于没有法律义务的国际礼让或作为友好表示而进行的单纯惯例。请问，此处的国际礼让或单纯惯例是指什么？

北海大陆架案

1959 年，欧洲北海的荷兰近岸地区被发现有大型天然气田，这引起了各国对北海大陆架天然气田勘探开发的重视。1963—1966 年，北海 5 个沿岸国家（英国、挪威、丹麦、荷兰、联邦德国）先后公布了本国关于大陆架的法令，并陆续进行了一系列双边划界活动，其中联邦德国和荷兰、联邦德国和挪威之间的大陆架划界出现争端，最后提交 ICJ 来解决。该案的焦点是划界是否按等距离原则来划分？等距离原则是否已经成为国际习惯？ICJ 的最后判决认为：法院不否认等距离原则是一种

简便的方法,但这并不足以使某种方法变成法律规则。如果不顾现实情况,硬要把等距离原则用于某些地理环境,那就有可能导致不公平。

关于国际习惯法的形成,ICJ指出,一项创造规则的条款,尽管其起源是协定性的,但是可以构成一项由于法律确信而最终进入一般国际法范畴的规则的基础。至于一项协定规则能够被认为已演变为一项国际法的一般规则所必需的其他要素,在包括其利益深受影响的国家的前提下,国家非常广泛的、有代表性的参与该公约可以是充分条件。关于时间因素,ICJ指出,虽然短暂的时间并不一定会阻碍在协定性规则的基础上形成一项新的国际习惯法规则,但在该期间内,包括其利益深受影响的国家在内的国家实践应是广泛和实际统一的,这是一项必不可少的条件。

1) 客观因素:先例

(1) 先例的概念。先例是指习惯法形成中作为物质因素基础的行为。作为先例的行为必须是对国际法律秩序具有发生法律效力行为,如一个国家的外交宣言、外交文书以及国际诉讼过程中政府代表的立场等。先例也包括国际组织和非国际组织的行为。

(2) 先例的重复及其时间和空间因素。

① 在1950年“哥伦比亚和秘鲁的庇护权案”与1960年“印度领土通行权案”中,国际法院皆要求“持续”和“一致的”先例。即先例的重复需要连续性,重复的次数要依据具体情况个别判断;先例的重复意味着连续行为的内容要相互一致,如果先后行为并不相同,则不能认为是重复先例。

哥伦比亚和秘鲁的庇护权案

1948年10月,美洲人民革命同盟组织指挥的一场叛乱未遂,该同盟领导者托雷被秘鲁政府通缉并被追诉。1949年1月,托雷到哥伦比亚驻秘鲁大使馆寻求庇护。哥伦比亚大使馆宣布托雷为政治避难者,并且要求秘鲁政府给其开通行证明。两国因此发生了有关庇护权的争端,最后决定将此案交给ICJ来判决。

ICJ对此案作了三项判决。① 外交庇护权不得侵犯领土主权。② 受庇护人员的犯罪判断应由两国政府共同进行。哥伦比亚主张的单方面确定庇护权,未能证明这些权利已得到这些国家长期、一致的实践的确认。在ICJ看来,哥伦比亚政府为证明存在这一区域习惯所提出的条约与本案问题无关。③ 本案没有达到庇护的条件之一——紧急情况,且“紧急情况”不能对抗正常的司法程序。



印度领土通行权案

1947年,印度摆脱英国殖民统治独立之后,在印度次大陆一些地区发生若干争端。争端的发生主要与属于葡萄牙的位于西海岸的达曼、飞地达德拉和纳加尔-阿维利有关。1954年,该地区被印度的民族主义集团占领,他们逮捕了葡萄牙政府官员,建立了印度的地方政权。当葡萄牙政府要求印度政府允许其从达曼派一定数量的官员和士兵到飞地达德拉的时候,印度政府拒绝任何葡萄牙士兵通过其领土。关于此争端,葡萄牙和印度声明接受 ICJ 的判决。

ICJ 判决: ① ICJ 对此案有管辖权,并驳回印度政府声称的 ICJ 对此案无管辖权的主张;② 葡萄牙的私人、文职官员的通行除了接受一般管理外不受任何特别的限制,非武器、弹药的商业目的的通行,除了在特别时期出于安全和税收的目的,也只要遵守海关法规和服从行政管理,就可以通行。

ICJ 认为,在有关国家之间,进出飞地达德拉的惯例已形成,它们长时间和连续不断的实践,说明相互间的权利和义务关系已建立,不过这项惯例仅适用于私人、文职官员和一般货物。

② 先例重复的时间。一般来讲,国际习惯法的形成需要漫长的过程,但是对于时间的长短则没有统一的观点,并且随着国家之间的频繁交往,国际习惯法形成的时间一般也较短。例如,在1969年“北海大陆架案”中,ICJ 判决,“不能因时间的短暂而否认新的国际习惯规则未形成,虽然经过的时间短暂,但如果有关国家的习惯频繁且一致就能形成习惯法”。

③ 先例重复的空间。先例只在一国重复就不能形成作为国际习惯法的惯例,这并不要求在全世界所有国家重复,但至少要在部分国家实施。虽然要求众多国家参与,并不是必须要众多国家参与先例,而是要依据具体情况具体判断。例如,有关外空活动的国际法是通过美国和苏联的实践形成的,国际社会只是予以承认而已。在1960年“印度领土通行权案”中,葡萄牙主张区域性习惯法,印度则以两国的习惯不同为由主张不能承认区域性习惯法。对此,ICJ 认为,国家的数量并非必须超过两个。在1969年“北海大陆架案”中,ICJ 宣称,形成国际习惯的实践由包括特别有关国家的众多国家参与并具代表性即可。

2) 主观因素: 法律确信

(1) 在一定区域连续重复先例的事实,对于形成习惯法还不够充分,重复行为要出于义务,也就是说,国际法主体重复先例时要有一种拘束感,这就是法律确信。在1950年“哥伦比亚和秘鲁的庇护权案”中,ICJ 判决:“以习惯法为依据的一方……必须证明这个习惯已经确立,因此对他方是有拘束力的……所援引的规则是符合有关各国实行的持续和一致的惯例的,而且,这个惯例是表明给予庇护的国家享有权利而当地国家负有义

务的。”

(2) 法律确信的证明。一般国际习惯法须由否定其存在的一方负举证责任,区域国际习惯法则由援引该习惯法规则的一方负举证责任。在证明方法上,因法律确信并非必须客观外在的表示,故而证明它十分困难。在现在的国家行为中,法律因素和政治因素复杂地纠缠在一起,所以证明“先例的重复处于法律确信”是很微妙的问题。因此,ICJ 通常判定客观因素的存在之后,就推定主观因素也存在。在 1960 年“印度领土通行权案”中,ICJ 就采取了这样的方式。



国际法学术观点

法律确信的判断：默认的后果

如果针对某一国家的行为,其他国家不提出异议、请求,而予以默认时,可推定该行为为合法。默认就是同意国际习惯法,抗议的缺乏即承认。例如,某一国家提出其行为是具有法律效力的合法行为,其他国家的默认就是指同意,缺乏抗议是指承认,如果要制止这样的先例形成,就要提出抗议。在 1951 年“英国和挪威渔业案”中,“如果各国默认一个国家做出违反既存国际习惯法的行为时,则该国不受既存规则的约束”。

(3) 习惯法的适用。在国际法律秩序中,国际习惯与条约规范的冲突问题十分复杂。在国际法中,习惯法和条约法的法律效力是相同的。在采取成文法国家的国内法律秩序中,习惯法只不过具有补充的效力,而在国际法律秩序中,习惯法非常重要,与条约法在等级顺序上不存在任何差异。

在条约法与习惯法发生冲突时,一般遵循以下规则。首先,习惯法为强行规范时,承认其绝对优先性,从而不论一般法或特别法按时间先后确定优先适用。与该强行规范冲突的其他所有规范均为无效。其次,在普通习惯法和其他条约法发生冲突时,因为没有等级标准,所以不是一方使另一方无效的问题,而是两个规范中适用哪一个的问题。在决定两个规范的优先适用时没有一般的标准,具体情况具体分析。只是习惯法和条约法的冲突,大致上与当事者不同的条约间的冲突及优先顺序类似,所以可以类推适用,即类推适用《维也纳条约法公约》第 41 条第 1 款的规定。在特别法和一般习惯法对立的情况下,如果两个规范的当事者相同,则优先适用后面的规范;如果当事者不相同,则适用当事者共同的条约;如果两种规范无法区分时,则优先适用一般习惯法。但这些只是一般的标准,实际案例中也应该考虑具体情况特殊性。

4. 一般法律原则

《ICJ 规约》第 38 条第 1 款(c)项规定,一般法律原则是指“为文明各国所承认的”、各国国内法特别是私法中所共有的原则。从 ICJ 的实践来看,被援引的一般法律原则主要



有“已判事项不重开(Resjudicata)”“诚信原则(Bona Fide)”“信守约定(Pacta Sunt Servanda)”“禁止食言(Estopel)”“禁止滥用权力(Jusabutendi)”“行使自己权利不得损害他人(Qui Jure Sure Utitur, Neminin Facit Injuriam)”,以及“不法行为不产生权利(Exinjuria Jus Non Oritur)”。

【思考题】 《ICJ 规约》第 38 条第 1 款(c)项规定的“文明各国”是指什么? 世界上是否存在“不文明国家”? 你对本条规定有何看法?

国际法学界就一般法律原则的法律渊源性存在肯定说和否定说两种学说。韩国著名国际法学者柳炳华教授认为:“《ICJ 规约》第 38 条规定内容中,在首先规定‘法院对于陈诉各项争端,应当根据国际法裁判之’的任务之后,列举了国际法渊源的内容,表明对一般法律原则的法律渊源性予以肯定;同时主张,其已形成习惯法。”我国周鲠生教授则否定一般法律原则的法律渊源性,他认为:“《ICJ 规约》第 38 条列入这样一项规定,只能认为是准许法院在审判某种案件时,在从习惯或条约中都找不出适用的规范的场合,比照使用一般法律原则,作为变通解决办法;而那并不具有新创一种国际法渊源的作用。”

本书同意肯定说,即“一般法律原则是为补充国际法不足的辅助性法律渊源”。

5. 司法判例、权威国际法学者的学说

司法判例、权威国际法学者的学说不能与国际习惯法、条约法相提并论。两者并不是国际法渊源,而是一种证据或证明材料等补助资料。此外,司法判例受《ICJ 规约》第 59 条的限制,即“法院之裁判除对当事国及本案外无拘束力”。

6. 公允及善良原则

该原则的本意是建立在公平和善意的基础上,即可以不严格依照国际法进行裁判,但条件是必须经当事国同意。“公允”是指考虑具体情况下一切有关因素,最有可能做出实现正义的决定的因素和感情。公允一般用于法律的解释和补充。例如,在 1969 年“北海大陆架案”中,ICJ 声称大陆架的界限应依公允原则,按具体情况划定;在 1974 年“渔业管辖权案”中,ICJ 也要求当事国为谋求公允的解决方案,进行诚实信用的谈判。此外,公允依法律规定,即构成法律规则的一部分,如 1971 年《空间物体造成损害的国际责任公约》第 12 条规定,赔偿额的决定依照国际法和正义及公允原则。

渔业管辖权案

1958 年,冰岛宣布距其海岸 12 海里^①范围内为其专属渔区,这一行为遭到了英国的反对。在 1961 年 3 月 11 日冰岛与英国的协议中,英国表示不再反对冰岛 12

^① 1 海里=1.852 千米。