

第一章 绪 论

第一节 国际法的性质

一、国际法的定义

国际法，简言之，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。

国家不能孤立而存在，任何国家都不能不与其它国家发生交往关系。国家之间的交往关系就是国际关系。国际关系包括政治关系、经济关系、法律关系以及文化关系等等。国际法律关系是以法律形式表现出来的国际关系。国家之间的关系受一些原则、规则和制度的拘束，这些原则、规则和规章制度就构成国际法。

所谓国际法主要是国家之间的法律。在国际舞台上除了国家是主要参加者之外，还有其他参加者：类似国家的政治实体和国家组成的国际组织。也就是说，除了国家是国际法的主要主体之外，类似国家的政治实体和国家组成的国际组织在一定条件下和一定范围内也是国际法主体，它们的关系也受国际法原则、规则和制度的拘束。

英国国际法学家劳特派特（Lauterpacht）曾经对国际法下一个简单的定义，称它为“国际社会的法律”。^①这个定义是采纳另一个英国国际法学者韦斯特莱克（Westlake）的定义的；他说：“国际法，

^① 伊莱休·劳特派特编，《国际法：劳特派特论文集》英文版，1970年第1卷第9页。

或称万国法，是各国或各民族的社会法律”^①。国际社会是国家组成的。从这个意义说，把国际法称为“国际社会的法律”，并无不可；但是，如果偏重于国际社会，而不指明组成国际社会的国家，那就有使国际法成为超国法的倾向了。

对于国际法的定义，基本上有两种不同的说法。一种把国际法视为国家认为对它们有拘束力的法律规则的总和；另一种则认为国际法是对国家有拘束的法律。《奥本海国际法》第八版对国际法所下的定义是：“万国法或国际法是一个名称，用以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；第九版所下的定义是：“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”^③。这两版的不同定义表明《奥本海国际法》已经从第一种说法转为第二种说法。其实，两种不同的说法反映着对国际法的效力根据的不同见解。关于国际法的效力根据将在下面加以讨论。

周鲠生对国际法所下的定义是：“国际法是在国际交往过程中形成出来的，各国承认的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对国家具有法律拘束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体”^④。这个定义把国家统治阶级的意志包括在内，试图说明国际法的阶级性，显然是受当时前苏联国际法学界流行的定义的影响的^⑤。但是，国际法是国家之间的法律，因而，如何确定这个法律的阶级性无论在理论上或在实践中都是一个无法解决的难题。

要把国际法的主要内容包括在一个完整而简明的定义里，是不易做到的。为了对国际法有一个初步的概念，把国际法看作主要调整国家之间的关系的有法律拘束力的原则、规则和制度的总体，也

① 韦斯特莱克，《国际法》英文版，第一编，1910，第1页。

② 《奥本海国际法》，劳特派特修订，王铁崖、陈体强译，1981年第八版，上卷第1分册，第3页。

③ 《奥本海国际法》，詹宁斯和沃斯修订，英文版，1992年第九版，第一卷第4页。

④ 周鲠生，《国际法》，1981年，上册，第3页。

⑤ 参看前苏联科学院，《国际法》中文译本，1959年，第2页。

就够了。

二、国际法的名称

国际法，英文为 International Law，是近代开始用以指国家之间的法律的名称，现在已经成为通用的名称。

古代罗马，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，而万民法则适用于罗马市民和外国人之间以及外国人之间的关系。万民法并不是国际法，而只是有涉外因素、即涉及外国人的罗马法律，而且属于私法的性质。但是，至少从西塞罗 (Cicero，公元前 105—43 年) 以后，万民法被理解为所有与罗马有交往关系的国家所一致同意的正义原则，而与以自然为依据的自然法 (jus naturale) 相区别。

近代国际法的奠基人格老秀斯 (Grotius) 继续维持万民法和市民法的区别。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，因而他指的是万国法，也就是国际法。继他之后，而且地位仅次于他的英国国际法学者采用国家间法 (jus inter gentes) 的名称，但是，由于格老秀斯的威望，早先国际法学者通常采用万民法 (jus gentium)。

万民法指的是国际法，后来西方文字译为万国法 (law of nations)。到了 18 世纪末，英国哲学家和法学家边沁 (Bentham) 提出国际法这个名称，由于这个名称更适合于国家之间的法律，这个名称——国际法成为通常使用的名称，虽然有时还有人使用万国法这个名称。

在中国，当国际法最早被介绍到中国来的时候，使用的名称为万国公法。1864 年，丁韪良翻译美国国际法学者惠顿的国际法著作——《国际法原理》——为《万国公法》。后来，万国公法被简称为公法，例如，布伦奇理的《近代国际法》被译为《公法千章》等。再后，到了清朝末年，日本使用的国际法的名称传到中国，国际法便成为普遍使用的中文名称。

其实，中文名称是比较适当的，因为不论万国公法或者国际法，

提到的都是“国”，即国家，充分表现国际法作为国家之间的法律的意义。英文的国际法或万国法提到的却都是 nation，而 nation 严格地说并不完全是国家。International law 应该改为 interstate law，但是，在国际法的名称中用 nation 这个字，已经成为习惯，而在这里毫无疑问地是指国家的。

国际法或万国法之外，还有一些名称，如“超国法”(supranational law)，“越国法”(transnational law)，“人类法”(law of humanity)，“世界法”(world law)。这些名称是按照某种理论而创造出来的。它们的目的是要改变国际法的性质，从国家之间的法律改变为超越国家之上的法律，因而也可以说是对国际法的否定。它们脱离现实，在理论上也是站不住脚的。

边沁提出国际法的名称，同时认为有国际公法和国际私法的区别。国际法是国家之间的法律，在这个意义上，国际法是属于公法的。但是，为了与国际私法相区别而把国际法称为国际公法，是不必要的。因为国际公法和国际私法并不是国际法的两个分支：严格地说，国际私法既不是“国际”，也不是“私法”，所谓国际私法规定的对象是私人之间的关系，不过这种私人之间的关系有涉外的因素；把它称为“国际”，是采取广泛意义的“国际”。国际私法主要是解决不同国家对于私人关系的不同法律规定所发生的冲突，包括管辖权的冲突。在有些国家，特别是英国和美国，国际私法往往被称为“法律的冲突”(conflict of laws)；有些国家，如德国，则将国际私法的有关规则规定在一种特殊法律之中，称为“法律适用条例”；在中国，《民法通则》第八章“涉外民事关系的法律适用”实际上包括国际私法的主要原则。

但是，各国对于某些法律冲突问题有可能，或者说有必要，采取同样的解决原则和规则，从而形成了共同原则和规则，成了国际习惯法的一部分。各国还在这方面作出努力，取得协议，订立国际公约，把这方面的共同原则和规定确定下来。这样，国家就依据国际公约或国际习惯承担了国际权利和义务。在这个范围内，国际私

法就涉及国家之间的关系，从而成为国际法的一个部门。通常，也就是在这个意义上，国际法被说成包括国际公法和国际私法。

三、国际法的类别

国际法就其本质而言，是普遍适用于所有国家的，也就是说，对于所有国家都有法律拘束力。英国国际法学者奥本海认为普遍国际法之外还有一般国际法和特殊国际法。按照他的说法，一般国际法是指“对于很多国家——包括主要国家在内——有拘束力的规则的总体”，而特殊国家“只对于两国或少数国家有拘束力”。^①这种区别实际上没有多大意义。特殊国家只拘束两个或少数国家，就不能构成以国家之间的关系为对象的国际法的一部分，正如在国内法上合同规定不能成为法律规则一样。至于一般国际法，虽然对很多国家——包括主要国家在内——有拘束力，但是，把少数国家，即使极少数国家，排除在外，是与国际法的普遍适用性不相符合的。

值得注意的是，在普遍国际法之外有区域国际法。所谓区域国际法是指于世界某个区域的国家在它们彼此关系中发展起来并适用于它们的原则、规章和制度的总体。最显著的例子是所谓“美洲国际法”或“拉丁美洲国际法”。美洲国家很早就建立美洲区域性组织——从过去的泛美联盟到现在的美洲国家组织，也很早就开始它们自己的国际法法典编纂运动。它们订立很多对国际法问题的法典编纂的条约。因此，美洲国家提出了“美洲国际法”的说法，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，就有“拉丁美洲国际法”的主张。在美洲国际法之外，最近几十年来，由于许多非洲和亚洲独立国家的出现，还有“非洲国际法”和“亚洲国际法”的提法。以前的苏联主张有“社会主义国际法”的存在，适用于所有社会主义国家之间的关系，虽然这些社会主义国家并不在同一区域。随着前苏联以及一些东欧社会主义国家的政治变化，这种主张已经逐渐消失了。

^① 《奥本海国际法》第八版，中文版，上卷第1分册，第3页。

所谓区域国际法实际上并没有自己的独特体系。主张区域国际法的国家并不否定普遍国际法及其普遍适用性，而事实上它们所主张的区域国际法的内容也与一般国际法基本上是一致的。区域国际法可能提出一些特殊的主张，但是，为数不多。这些主张所形成的一些规则可能被纳入一般国际法而构成一般国际法的一部分，或者可能由于有争议而逐渐失去了意义。无论如何，区域国际法所包含的特殊规则不能对一般国际法的原则、规则和制度加以限制，而只能拘束有关区域的国家之间的关系。

依据 1957 年《罗马条约》，欧洲煤钢共同体、欧洲原子能联营和欧洲经济共同体合并了它们的机构，成为“欧洲共同体”。自那时以后，欧洲共同体大量发展了适用于各成员国的原则、规则和制度，被称为“共同体法”或“欧洲共同体法”。但是，由于欧洲共同体法在某些情形下和某些条件下是直接适用于各成员国的法律体系之内，而不单纯以各成员国之间的关系为对象。特别是在 1992 年《欧洲联盟条约》签订之后，欧洲共同体改称为欧洲联盟，一体化的性质更为加强；欧洲联盟已经不是区域性国际组织，而是自成一类的国际组织。欧洲联盟法并不是区域国际法了。

四、国际法是法律的一个部门

关于国际法，首先提出的问题往往是：国际法是否是法律？早期的法学家曾经否定国际法的法律性质，19 世纪的英国法学家奥斯汀 (Austin) 把国际法称为“实在道德”，对国际法采取否定的态度^①。问题在于法律的定义。如果把法律与国内法相等同，国际法就不是法律，也不可能是法律，因为国际法在许多方面是与国内法不相同的。但是，法律是对社会成员的行为有强制力量的规则的总体，而法律不限于国内法。国际社会虽然没有像国家之内那样的立法机关来制定法律，但通过其他方式——例如条约等——创造国际社会成员——国家——的行为规则；虽然也没有像国家之内那样的行政机

^① 《法理学讲义》，1832 年，1954 年版，第 6 页。

关和司法机关来执行法律，但却在一定程度上有某种机制使国际社会成员——国家——遵守国际法原则、规则和制度。应该说，国际法是法律，或者说，是法律的一个部门。

关键在于：国际法是否作为法律为国家所遵守？事实给予了正面的回答。第一，世界各国政府毫无例外地都承认国际法是对国家有拘束力的法律。没有一个国家政府公然宣布不受国际法的拘束，而即在违反国际法的场合，也要从法律的角度为自己的违反行为作辩护，尽管这种辩护是属于掩饰的性质的。第二，在国家之间的关系中，国际法原则、规则和制度是经常被遵守的，而如果不这样遵守，国家之间的关系就无法维持，特别是在国家之间相互依赖的关系越来越广泛的时候，国际法的遵守更有迫切的需要。第三，国际法遭到重大的破坏，例如武装侵略或侵略战争，只是少数的例外，虽然是引人注目的例外。在国际法上，对于违法行为，违反的国家不仅应负法律上的责任，而且还可能受法律的制裁，即使制裁不是强有力的和令人满意的。国际法学家的任务是探讨预防严重违反行为发生和有效地对它们加以制止的途径和措施，而国际法并不因为严重违反行为的发生而失去它作为法律的性质。

国际法作为法律的一个部门，与国内法不同，有它的特殊性。国际法的特殊性在于：国际法的主体主要是国家；国际法的制订者主要是国家；在国际上，不存在有组织的超越国家之上的强制机关，而国际法的强制实施主要靠国家本身或通过国家的行动。另一方面，国际法作为法律是与国际礼让有区别的。早先的英美法院曾经把国际法称为国际礼让。但是，国际法规则是有法律拘束力的，而国际礼让是国家交往之中的礼貌、便利和善意的规则，这样的行为规则对于国际法是没有法律拘束力的。国际礼让规则有时可以演变成为国际法规则，从而有了法律拘束力。例如，关于外交官的关税豁免本来是国际礼让，现在已开始通过 1961 年《维也纳外交关系公约》而确立为国际法规则。

五、国际法效力的根据

国际法效力的根据是国际法的一个基本理论问题，即国际法依据什么而对国家有拘束的效力。关于这个问题，国际法上有各种理论，形成各种学派。从早期开始，国际法学家对于这个基本理论问题，主要分为两大派别：自然法学派和实在法学派；另外，在这两个学派之间有所谓“折衷学派”，而其实这个派别还是有所偏重，不是偏重于自然法学说，就是偏重于实在法学说。

由于神学的影响，在国际法中，自然法学派曾经占优势。自然法派认为，国际法就是自然法，或者是自然法的一部分，或者是自然法对国家之间的关系适用。自然成了国际法效力的根据。即使摆脱了神学的影响，而代替的仍然是从自然现象所抽象出来的一些概念，如人类良知、人类理性、人类的共同法律意识等等。曾一度消沉的自然法派，在第一次世界大战之后又有复兴的趋势。例如在欧洲很有影响的社会连带法学派认为一切法律的根据在于社会连带关系，国际法也不例外。国际法效力的根据在于从国际社会连带关系所产生的“各民族的法律良知”。又如影响很大的规范法学派，虽然力图避免与自然相联系的抽象说法，而限于在法律体系之中寻找法律效力的根据，因而又称为纯粹法学派。这一派认为，国际法和国内法属于同一法律体系，其中的法律规范有不同等级，每一级规范的效力根据在于上一级规范，最上级是国际法规范，其中有一个“最高规范”或称“原始规范”，而这个最高规范既是法律规范，又是伦理规范，也就是从所谓人类的“正义感”或“法律良知”所产生的规范：“约定必须遵守”。因此，规范法学派基本上也属于自然法学派，被称为新自然法学派。

在19世纪，实在法学派代替了自然法学派而占优势。实在法学派否定从自然抽出来的抽象概念作为国际法效力的依据，认为在现实世界中起作用的是国家的意志，从而国家的意志是国际法效力的依据。他们设想各国的意志可以合成为“共同意志”，或者强调每个国家的意志是国际法效力的决定因素。这个学派虽然遭到了批评，但还是有一定的影响。而且，在新自然法学派出现的同时，也出现了

新实在法学派。新实在法学派之中有一种学说——权力政治学说，认为国际政治支配着国际法，而国际政治的核心是国家权力。在他们看来，国际法效力的依据是各国权力的均衡，即所谓“势力均衡”。在国际法学界，更有影响的是所谓“政策定向”学说。这个学说把国际法视为国家对外政策的表现，国际法的效力取决于国家对外政策，而在国际关系中有些国家的政策处于支配的地位，从而在国际法的效力上起了主要的作用。

关于国际法效力的根据，虽然有各种各样的理论，然而，最重要的一点是：国际法主要是国家之间的法律，国家受国际法的拘束，同时又是国际法的制订者。因此，国际法效力的根据应在于国家本身，即在于国家的意志。当然，国际法效力的根据在于所谓国家的意志，并不是指个别国家的意志，也不能说各国之间有“共同意志”，而所指的是各国的意志之间的协议。条约之所以对国家有拘束的效力，是因为条约是国家之间的协议；国际习惯的效力拘束的效力在于它既是各国的重复类似的行为，而且是被各国所认为具有法律拘束力；即使是作为国际法渊源的一般法律原则也是“文明各国所承认者”（《国际法院规约》第38条第1项）。事实证明，即使是不同社会经济制度的国家之间，也是可以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，构成了国际法效力的根据。

但是，在国际关系中，各国并不能完全凭着自由意志而任意达成协议的。国家之间之所以达成协议，形成支配国家之间的关系的原则、规则和制度，是因为这些原则、规则和制度是国家在彼此交往中有这样的需要。国际法是适应这种需要而产生的。国际法的作用就在维持国家之间的正常的来往关系。而且进一步发展国家之间的合作关系，也就是说，国际法既是和平共处的法律，也是互相依赖的法律。在法律上，国际法效力的根据是国家意志的协议，而在法律之外，国家意志的协议是受国家之间来往关系的需要所支配的。